NOVAE LEGUM CONTROVERSARUM PRACTICARUM

INTERPRETATIONES.

QUAS

ILLUSTRIS ICTORUM ORDINIS AUCTORITATE

PRO SUMMIS IN UTROQUE IURE HONORIBUS

RITE CAPESSENDIS

DIE XXX. M. NOVEMBR. A. MDCCCXXXVII H. L. Q. C.

PUBLICE DEFENDERE CONABITUR AUCTOR

GUILIELMUS MICHAELIS SCHAFFRATH.

Insunt disputationes

I. de deposito irregulari sive 1, d. l. 1. §. 34. l. 24. l. 25. §. 1. l. 26. §. 1. depositi 16, 3. l. 9. §. 9. l. 10. d. R. C. 12, 1. l. 34. pr. mandati 17, 1, (§. 3. 4.) 2, d. c. 8. d. novat. 8, 42. (§. 6.) 3, d. l. 31. locati. 19, 2. (§. 8—10.) II. d. l. 32. d. R. C. 12, 1. (§. 11—14.) III. d. c. 11. d. A. et ret. P. 7, 32. (§. 15—16.) IV. d. rer. amot. act. in hered. transitu. s. 1, de c. 3. rer. amot. 5, 21. (§. 17.) 2, d. l. 6. §. 4. l. 21. §. 5. rer. amot. 25, 2 (§. 18—19.) V. d. cap. 26 X. d. sponsal. et matr. 4, 1. —

MISENAE,

TYPIS C. E. KLINKICHTII ET FIL.

CIƆIƆCCCXXXVII.

VIRO

SUMMO, INSIGNI ET PRAECLARO

BERNARDO AUGUSTO DE LINDENAU,

AUGUSTISSIMI REGIS SAX. IN ADMINISTRANDA CIVITATE ADMINISTRO, SAX. MINISTERII PRAESIDI, COMITIORUM ALTENBURG. CAPITI; COMPLURIUM ORDINUM EQUITI, WINDISCH-LEUBAE ET POHLHOFII DOMINO, ETC. ETC.

QUI

AD STUDIA IURIS ET DISCIPLINAR. POLITICAR. PERSEQUENDA MEARUM TENUITATEM FORTUNARUM SUMMA MUNIFICENTIA, ORBI IUVENIS TRISTEM ANIMUM CONSILIO, AUCTORITATE, GRATIA SUBLEVAVIT, ET IN IPSIUS INGENTI ADMIRATIONE FIXUM, ILLUSTRI, QUO NULLA UNQUAM CIVITAS INCLARUIT NEC INCLARESCET, EXEMPLO IMITANDO, AT IMITATIONE NON CONSEQUENDO EXCITAVIT, EREXIT, EXHILARAVIT, GRATISSIMI ANIMI DOCUMENTUM SACRUM HANC SCRIPTIONEM ESSE VOLUIT

AUCTOR.

I. De deposito irregulari [1]) et maxime 1, d. l. 1. §. 34. l. 28. l. 25. §. 1. depos. 16, 3. l. 9. §. 9. l. 10. d. R. C. 12, 1. l. 34. pr. mand. 17, 1. (§. 3. 4.) 2, l. 26. §. 1. depos. 16, 3. (§. 4. not. 1.) 3, c. 8. d. novat. 8, 42. (§. 5.) 4, d. l. 31. locati 19, 2. §. 8—10.

Depositi irregularis.

§. 1.

A) quantit. intens. (complexus) i. e. declaratio.

Depositum irregulare est depositum rei alienae [2]) fungibilis [3]) a deponente depositario ad usum concessae, ut hic tantundem reddere debeat. Genetica dep. irregularis definitio ex §. 6 apparet.

B) Essentia.

§. 2.

A) usu rei iam ab initio contractus concesso et acceptato.

Ad essentiales d. irregularis notas accuratius cognoscendas statuendi et a se invicem distinguendi sunt, si partes contrahentes, depositum se inituros esse et inire, affirmant, hi casus: A) Si statim ab initio negotii et in ineundo contractu usus rei fungibilis, obiecti contractus, conceditur et acceptatur, sive illum depositarius rogaverit primum, deinde deponens concesserit, sive hic ultro obtulerit, tum ille acceptaverit, sive verbis (vel scriptura vel vocibus lingua figuratis) sive actu (re, re ipsa, rebus et factis) sive simultanee, sive successive, tum non depositum, sed mutuum potius contrahitur. Etenim 1) nomen contractus, ut accidentale, non potest ipsius essentiam ac substantiam mutare, sive a, de industria et consulto, [nam plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur [1])] b, sive ex errore et per negligentiam falsum nomen sit prolatum, nam error nominis nihil facit, [2]) et demonstratio, plerumque vice nominis functa, falsa an vera sit, nihil interest. [3]) Deinde vero 2) hic re ipsa et vera mutuum contractum adesse, ex eo apparet, quod omnes essentiales huius notae adsunt, nimirum a, res fungibilis [4]) b, traditio [5])

---

1) Dig. (cit l.. t..) XVI, 3. Cod. (cit. c.. t..) IV, 34. depositi vel contra. — (Inst. cit. §.. t..) Thibaut, Syst. d. Pand. R. Jena, 1834. II. §. 551. A. p. 90. Schweppe, d. Röm. Priv. R. Gött. 1831. III. §. 457. p. 200. sq. Mühlenbruch, Lb. d. Pand. R. Halle, II. §. 388. p. 344. — v. Wening-Ingenheim Lb. d. Gem. Civ. R. München, 1825. II. §. 233. p. 273. — Glück, Erl. d. Pand. XV. B. §. 940. p. 150. sqq. — Neustetel und Zimmern Röm. Rechtl. Untersuch., Heidelberg, 1821. nr. I. §. 1—9. p. 1— 26. Gottschalk, discept. for., Dresdae, 1833. III. cap. 23. p. 265. sqq.

2) l. 45 d. R. I. 50, 17. l. 1 §. 15, 16, 31, 39. in f. h. t. 16, 3. l. 64 pr. d. iud. 5, 1.

3) Neustetel, l. l. §. 9. p. 23. sq. — Mühlenbruch, l. l. II. §. 388. not. 2. p. 345. — Glück, l. l. XV. §. 940. p. 169. sq. nr. b.

---

1) l. 46 locati 19, 2. l. 6 pro donato 41, 6. C. p. v. q. ag. 4, 22. c. 3 in f. d. contr. emt. 4, 38.

2) l. 9 §. 1. d. contr. emt. 18. 1. l. 5 §. 4 d. R. V. 6, 1. l. 32. l. 65 §. 1 d. V. O. 45, 1.

3) l. 17. §. 1. l. 34 pr. d. cond. et dem. 35, 1.

4) l. 2. §. 1. l. 2 pr. d. R. C. 12, 1. l. 7 §. 3 d. SC. Maced. 14, 6.

5) l. 30 d. R. C. 12, 1.

et c, usus concessus [6]) rei fung. i. e. ipsius substantiae, quoniam alioquin talis res nullum vel saltem minimum commercii usum praebet, igiturque et plena proprietas et ius disponendi et alienandi, [7]) quum usus fungibilium rerum par sit earundem usuifructui [8]) et hic etiam dominii alienationem contineat [9]) ita ut d, debitor tantundem reddere debeat. [10])

§. 3.

𝔅) usu rei fungibilis depositae concesso sed non acceptato, vel petito sed non concesso.

𝔅) Sin usus rei fungibilis deponendae vel iam depositae ultro offertur et conceditur quidem a deponente, e. g. verbis „permitto tibi uti, si voles“ vel „si volueris“ vel „si voluisses,“ sed non acceptatur a depositario, depositum sive iam contractum ac perfectum sive contrahendum et perficiendum utique stat, quoniam mera ac sola permissio usus rei fungibilis sine acceptatione i. e. solius unius partis (unilateralis) consensus sine alterius sive verbis expresso sive rebus et factis, ut usu rei fung. deponendae vel depositae re vera facto declarato nihil quidquam valet. [1]) Quo quidem nihil simplicius et certius, neque quidquam magis iuris generalibus principiis et esse et excogitari potest consentaneum. Et tamen Neustetel [2]) primas ambas legg. in not. 1. cit. explicari et cum l. 9. §. 9. d. R. C. 12, 1. (vid. §. 4.) componi non posse putavit nisi nimis subtili, artificiosa et longe arcessita interpretatione, quae haud scio an non falsa sit cum ea, quam ego simplicem imo simplicissimam, proposui not. 1. comparata. Ex mero enim profecto arbitrio ille in l. l. cit. acceptationem depositarii („dieser nimmt das Anerbieten an“ und „auch dieses Anerbieten wird acceptirt“) cuius ne vocula quidem mentio est iniecta, [3]) factam ac posi-

---

6) l. 3. §. 6 l. 4 commod. 13, 6.

7) l. 1. 2 pr. §. 13 l. 16 l. 41 d. R. C. 12, 1 §. 2 quib. a l. lic. v. non. 4, 8. l. 1 §. 1 d. O. et A. 44, 7. pr. §. 2 quib. mod. re contr. obl. 3, 15.

8) l. 5. §. 2. l. 10. §. 1. d. usufr. ear. rer., quae etc. 7, 5.

9) §. 2 d. usufr. 4, 4 l. 5. 7 d. usufr. ear. rer., quae etc. 7, 5. l. 7 §. 1. usufr. quem ad m. cav. 7, 9.

10) pr. quib. mod. re contr. obl. 3, 15. l. 2 pr. l. 3 l. 9 pr. d. R. C. 12, 1.

---

1) l. 10 d. R. C. 12, 1. Ulpianus lib. 2 ad edict: „Quodsi ab initio, cum *deponerem*, *uti* tibi, si voles, *permisero*, *creditam non esse*, *anteaquam mota* sit, quoniam *debitum* iri non est *certum*.“ l. 1 §. 34 h. t. 16, 3. Ulpian. lib. 30 ad ed.: „Si pecunia apud te ab initio hac lege *deposita* sit, ut, si voluisses, utereris, priusquam *utaris*, *depositi* teneberis.“ — l. 25 §. 1 h. t. 16, 3: Papinian. lib. 3. Respons: „Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios *convertit*, post moram in usuras quoque iudicio *depositi* condemnandus est.“ In qua lege verba „ut tantund. redd.“ nec cohaerent nec dependent quidquam a praegressis „non obsignatam“ neo *subiectiva consilii* contrahentium ratione ut significent „eo consilio non obsignatam, ut („damit“) sed sola *obiectiva* ratione denotant *effectum* a contrahentibus etiam a deponente non *spectatum* inde (vid. §. 8) oriundum, quod pecunia non obsignata est deposita, „ut“ (so dass, ita ut). Etenim si a deponente illo *consilio* non obsignata esset pecunia deposita et depositarius ad usus proprios converterit, ergo hoc ipso actu *acceptaverit* permissionem usus pecuniae depositae, tum ex iure Digestorum certe (§. 4.) nec depositum nec depositi actio stetisset, sed in mutuum et mutui actionem esset mutatum. cf. maxime l. 31 locati 19, 2. (§. 8—10.) l. 76 pr. d. furt. 47, 2.

2) l. l. §. 3 p. 9. „Wenn der Deponent, inquit, zu dem Depositar schlechthin sagt: „Ich erlaube dir das zur Aufbewahrung gegebene Geld zu gebrauchen, und (?) dieser nimmt das Anerbieten an (?) so entsteht ein Mutuum aus dem Depositum. Sagt er hingegen: „Ich erlaube dir das ... zu gebrauchen, wenn du willst“ und (?) auch dieses Anerbieten wird acceptirt (?) so entsteht kein Mutuum sogleich, weil das „wenn du willst,“ als Potestativbedingung die Existenx dieses Geschäfts aufschicbt und ungewiss macht.“ Haec quidem utique vera sunt per se, sed neutiquam continent veram legg. laud. sententiam, quippe in quibus omnis acceptatio et *depositarii* consensus in usum concessum et in adiectionem „si voles“ non solum tacetur et silentio praetermittitur, sed et non adesse ponitur, et adiectio „si voles“ non veram, sed iuris *conditionem*, et propositionem vel oblationem ab alterius essentiali consensu dependentem in se habet. l. 6 §. 1 d. tutel. 26, 1. l. 21, 69, 99 d. cond. et dem. 35, 1. l. 21, 68. d. iur. dot. 23, 3 et l. 73 §. 1 d. V. O. 45, 1.

3) Quod si non ex dictt.: *si voles* „si voluisses,“ certe ex iis, quae sub finem l. 10 cit. positae refragantur Neu-

tam fuisse fingit dicam an infercit? Neque minus errare videtur, statuens, [4]) in fr. cit. usum pecuniae re vera factum ut *unicum* momentum proferri, quo *solo* depositum in mutuum mutari possit. Nam illae legg. neque *exclusivam* continent pronunciationem neque ut negative s. per simplicem negationem (diametraliter, directe) omnibus caeteris, quibus consensus depositarii in usum pecuniae a deponente concessum (acceptandum) declarari potest, actibus et factis oppositum s. contradictorium (s. str.) proferunt *re vera factum* hunc usum, quum omnes exclusivae, quae vocantur, voces, („solum, unum, non nisi, nullum alium etc.“) desiderentur. Non potest igitur ex eo, quod si exempli causa speciale quoddam et certum idque maxime vulgare et usitatum, quo consensus declaretur, factum non adsit, non mutuum sed depositum adesse praecipitur, concludi, nunquam, etsi alia facta ex eodem concludentium, quae dicuntur, genere adsint, non mutuum sed depositum statuendum esse.

C) *usu rei fungib. depositae post initum demum depositum concesso et acceptato.*

§. 4.

a) ex iure Digestorum.

C) Sin vero inito iam et perfecto deposito demum usus rei fungibilis depositae conceditur et acceptatur, vel antea quidem concessus, postea demum acceptatus, vel antea rogatus et petitus, postea permittitur, sive expressis verbis sive rebus et factis, sive expresse sive non sublato deposito, tum ex iure Digestorum utique novatione privativa vel tacita depositum sublatum in mutuum mutatur. [1]) Quamvis enim ea, qua Iustinianum nullam declarasse *tacitam* novationem ICti aiunt, (§. 5.) constitutio inceptis iam (XVIII. Cal. Ian. 530) quidem et nondum absolutis Digestis data sit (XI. Cal. Aug. 530) tamen in horum fragmentis ex antiquorum scriptis ICtorum, qui tacitam

---

stetelii opinioni, apparet, „quoniam *debitum iri* non est „*certum*“ i. e. quoniam oblata ultro permissio usus non acceptata nec tamen a deponente revocata, sed mero depositarii arbitrio relicta.“

4) l. 1. §. 3 p. 8 med.

---

1) l. 9 §. 9 d. R. C. 12, 1. Ulpian lib. 26 ad ed.: *Deposui* apud te decem; *postea* permisi tibi uti. Nerva, Proculus *etiam*, *anteaquam moveantur*, *condicere*, quasi *mutua*, tibi haec posse aiunt. Et est verum .. animo enim coepit possidere, ergo transit *periculum* ad *eum*, qui „*mutuum*“ „*rogavit*,“ et poterit *condici*. l. 34 pr. mandati 17, 1: Africanus, lib. 8 quaest.: *Si* pecuniam apud te *depositam convenerit*, ut *creditam* habeas, *credita* fit, *quia* tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. Quam legem Kritz, d. Pandekten. R., Meissen 1835. I. Th. 1. B. 1. Cap. §. 7 p. 22 plane falso ita interpretatus est. „Pecunia *deposita* wird in pecuniam *creditam* verwandelt, weil hier nummi, qui mei erant, tui fiunt,“ quod non ubique ac semper (l. 17 §. 1, 24. h. t. 16, 3. c. 8 h. t. 4. 34.) sed *ita* solum, *si convenerit*, fit.“ — l. 24 h. t. 16, 3. „Papinian, lib. 9. Quaest.: „*Si, ut tantundem* solveretur, *convenit*, *egreditur ea res* (non depositum!) *depositi notissimos terminos*.“ l. 26 §. 1 h. t. 16, 3. Paul. lib. 4 respons: *"Ελαβον καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης τὰ προγεγραμμένα τοῦ ἀργυρίου δηνάρια μυρία, καὶ πάντα ποιήσω καὶ συμφωνῶ, καὶ ὡμολόγησα, ὡς προγέγραπται, καὶ συνεθέμην χορηγῆσαι σοι τόκον ἑκάστης μνᾶς ἑκάστου μηνὸς ὀβόλους τέσσαρας, μέχρι τῆς ἀποδόσεως παντὸς τοῦ ἀργυρίου*: (id est „suscepi habeoque apud me titulo *depositi* suprascripta denarium argenti decem millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto et profiteor; *conventione* scilicet *inita*, ut, quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi obolos subministrem). Quaero, an usurae peti possunt? Paulus respondit, eum *contractum*, de quo quaeritur, *depositae pecuniae modum excedere*: et *ideo* secundum conventionem *usurae* quoque actione *depositi* peti possunt.“ Quam quidem legem emendatione egere, Neustetelio etsi adversante, certum est. Nam a, verba „*is contractus depositae* pecuniae modum *excedit*, plane repugnat sequentibus „*secundum conventionem* usurae quoque act. *depositi* peti possunt. Iam Neustetelius quidem „das „*modum excedere*,“ inquit, steht hier ganz gleich dem sonst vorkommenden „*naturam* excedere“ in der Bedeutung vertragsmässiger Modifikationen der gewöhnlichen Beschaffenheit eines Contracts, unbeschadet dessen begriff-wesentl. Bestandtheile.“ At aa, natura in iure rom. semper fere significat *essentiam* ac *substantiam* negotii l. 7 §. 5 d. P. 2, 14. l. 24 h. t. 16, 3 l. 21 §. 3. de test. 22, 5. l. 139 d. V. O. 45, 1. §. 3 d. locat. cond. 3, 25. l. 6 §. 1 d. pecul. leg. 33, 8. §. 2, 3. d. legat. 4, 20. l. 9 §. 1 d. duob. reis 45, 2. l. 5 in f. de fideiuss. 46, 1. l. 32 §. ult. d. S. P. U. 8, 2. l. 15 §. ult. d. S. 8 1. §. 2 d. sociat. 3, 26 l. 5 d. praet. stipul. 46, 5., ita ut haec comparatio vacillet et adeo Neustetelii sententiae refragetur. bb) deinde vero „modus„ qui-

non dubii approbabant novationem, uti hic ex Ulpiani excerptis, nullius istius constitutionis, id quod in Institutionibus fieri solet[2]) mentione facta et ratione habita, tacita etiamtunc novatio probatur. [3]) — At vero, si quis dixerit, cumulativa etiam novatione permissionem usus rei fung. depositae acceptatam incrementum deposito accedere posse, hoc in dubio et nisi expressa iubente lege non statui posse, etiamsi tacueris, ex pacto ex intervallo nec ex continenti subsecuto agi non posse (not. 1, c.), ex eo apparet, quod haec permissio usus rei fung. depositae acceptata tantum abest, ut cum deposito consentiat s. conveniat, ut opposita et contraria repugnet, non quidem diametraliter s. per simplicem negationem at tamen per positionem alterius. Etenim haec acceptata usus rei depositae concessio a, ponit rei ipsius depositae dominii alienationem, depositum negat, [4]) b, hoc res depositas ut certas species (certa corpora, vel species et corpora *κατ' ἐξοχήν*) considerat, illa vero ut quantitatem (summam quantitatis) rerum, quae communi specie contineantur (pondere, numero mensura consistant) [5]) et c, secundam illam idem genus (aliae res eiusdem generis et qualitatis, eiusdem naturae) s. tantundem, ex hoc vero eadem corpora certa debentur.

---

dem significat interdum „adminiculum," „adiectionem" „clausulam" negotii, ut l. 92 d. H. I. 28, 5. l. 44 §. 3 d. O. et A. 44, 7. l. 72 d. fideiuss. 46, 1. at in dictione „*modum*" *excedere* neutiquam, quoniam hoc esset „*adminiculum*," *adiectionem*," „*clausulam*" „*excedere*" („Neben bestimmungen (welche?) überschreiten" minime omnium in lege laud., ubi tum sensus plane insanus esset hic „is *contractus* (besondere Verabredung, Nebenbestimmung modus, clausula, adiectio) *excedit modum* i. e. hunc ipsum contractum i. e. se ipsum!!! — cc) Sed in hac dictione „*modus*" potius significat itidem naturam, *essentiam*, ac *substantiam*, uti l. 1 §. 12 ad l. Falcid. 35, 2. „interdum omnimodo necessarium est *solidum solvi* legatario interposita stipulatione, veluti si quae a pupillo legata sint, non *excedant modum legis* Falcidiae" et idem est „quod *excedere priorem obligationem* l. 15 §. ult. d. pign. 20, 1. „*egredi fines mandati*" l. 5 mand. 17, 1. et l. 1 §. 12 d. exercit. act. 14, 1. „Igitur *praepositio certam legem* dat contrahentibus. Quare si eum praeposuit ... ad *hoc*, *ut* ...., *modum egressus*, non obligabit exercitorem, b) Huc accedit, quod non dictum est „*hoc depositum* — modum excedit, sed *is contractus*," quo non sola *adiectio*, *clausula* de usuris („Nebenverabredung") sed potius totum hoc *negotium principale*, significatur, uti ex regula ac fere semper, l. 7 pr. §. 1—4 l. 7 §. 4 l. 45 d. P. 2, 14. quum illa dicatur *pactum*. c) Neque non depositum est bonae fidei negotium, cui insunt pacta conventa, siquidem ex *continenti* et in *ingressu ipsius* subsecuta sunt, *ex intervallo*, non insunt nec valebunt, si actor agat, *ne ex pacto actio nascatur*. l. 7 §. 5 6 d. P. 2, 14. c. 13 eod. 2, 3. l. 24 h. t. 16. 3 „si tamen *ab initio* de *usuris* praestandis *convenit*, *lex* contractus servabitur. In lege 26 §. 1. cit. vero *habuit* iam titulo *depositi* pecuniam depositarius (*καὶ συνεθέμην*) et *postea* conventio inita est, ut .. quare etiam de *iamiam deposita* pec. agitur, possunt ergo vel ex hac causa non actione *depositi* usurae peti, sed secundum conventionem." d) parum subtili dicam an insano plane syllogismo concluderetur, quod contractus, de quo quaeritur, *depositae* pecuniae modum *excedit*, *ideo* i. e. ex *hac ipsa* causa *depositi* act. *secundum* conventionem usuras peti posse!! — Denique e) „contra *depositi* naturam est, usuras ante moram petere (l. 24 h. t. 16, 3) et f) si, ut *tantundem redderetur*, v. c. *ut usurae praestarentur*, convenit, *egreditur ea res depositi notissimos terminos*. (not. 5.) l. 34 pr mand. 17, 1. l. 9 §. 9 d. R. C. 12, 1. Neque obstat l. 25 §. 1 h. t. 16, 3 „*post moram* in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est." Ex quibus causis, quum emendatione legis vix supersederi possit, et minima et levissima mutatione pro „usurae *quoque* actione depositi" legendum esse arbitror „*usurae*, neque actione dep." quae coniectura et interna probabilitate gaudet, quippe quae omnes de huius legis sententia dubitationes submovet et cum caeteris iuris principiis consentientem eam reddit, et vero externa facilitate commendatur." De aliorum coniecturis vid. Neustetel, l. l. §. 6 p. 15 not. 19—20. — Gluck, l. l. XV. §. 940. p. 165.

2) ut §. 7 qui et quib. ex c. manum. n. p. 1, 6. §. 6 quib mod. ius pot. solv. 1, 12. — §. 7 d. leg. agn. succ. 3, 2. §. 5 quib. mod. toll. obl. 3, 29.

3) l. 44 §. 6 d. O. et A. 44, 7. l. 2 in f. l. 8 §. ult. l. 16 in f. l. 28 d. nov. 46, 2. l. 9 §. 9 d. R. C. 12, 1. l. 34 pr. mand. 17, 1. Hepp, Arch. f. civil. Pr. XV. B. nr. 11 p. 260. 5.

4) l. 34 pr. mand. 17. 1. „*quia* tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. — „Neque *suae* rei depositum consistere potest" l. 45 d. R. I. 50, 17. l. 15, 31 h. t. 16, 3 inpr. c. 3 h. t. 4, 34. l. 24 §. 2 d. reb. aut. ind. poss. 42, 5. cf. etiam l. 9 §. 3, 4 l. 31 pr. d. A. R. D. 41, 1. l. 55 d. O et A. 44, 7.

5) l. 24 h. t. 16, 3. „*depositi* actionem locum habere. Quod *ita* verum est, si *id* actum est, ut *corpora nummorum eadem* redderentur, nam *si*, ut *tantundem* solveretur, *convenit*, *egreditur ea res notissimos depositi terminos*. In qua quaestione, si *depositi* actio *non teneat*, cum *convenit*, *tantundem*, *non idem* reddi" — etc.

d, depositi potestas haec est, ut alii res *servanda* detur,[6]) mutui alia. — e, mutua pecunia pro lubitu, deposita non uti debet acceptator. [7]) Quodsi vero Neustetel [8]) quum pronunciavit, in lege 9. §. 9 not. 1. cit. non de eo *solo* casu, quo depositarius a deponente primum petiit, deinde hic permiserit usum rei fung. depositae, igiturque utraque pars consensit in ipsum, sed simul de eo, quo hic ultro non roganti obtulerit, agi, tum vero dubitavit, de utro disceptetur, haud scio, an non sit reprehendendus, quum de illo *solo* casu disseri, vel verba „*qui mutuum rogavit,*" sole clarius demonstraut.

§. 5.

b) ex iure Codicis I.

b) Ex iure Codicis vero si inito iam ac perfecto deposito usus rei fung. depositae conceditur et acceptatur, sive expressis verbis sive actu et factis,

α) si *specialiter* remiserint partes depositum et hoc *expresserint*, quod mutuum magis pro deposito elegerint, quoniam *voluntate* solum non lege novandum est, tum depositum sublatum in mutuum est mutatum. [1])

β) Sin vero non *specialiter* remiserint partes depositum et hoc non *expresserint*, quod mutuum magis pro deposito elegerint, tum sine novatione causa procedit et deposito incrementum accedit permissio usus rei fung. depositae acceptata et depositum stat. [2])

§. 6.

c. 8. d. novat. 8, 42 interpretatio.

Maxime inter ICtos de c. 8. d. novat. 8, 42 vero sensu ambiguos disceptatur, num hodie consensu *tacito* an solo *expresso* consensu novatio *privativa* iniri possit. Iam vero a, ex eorum, qui hoc solo eam contrahi posse, arbitrantur opinione, [1]) incertum plane et dubium est, *quiduam* tandem „*expresse*" declarari debeat. *α)* Num quid „privativam novationem iniri?" At quum plurimi cives et haec ambo verba et hanc notionem ignorant, tum, qui sciunt, eius in negotiis ineundis plane non vel saltem raro reminiscuntur. *β)* An „*animus privative novandi?*" At eaedem plane rationes huic sententiae obiici possunt, *γ)* pariter atque ei, ex qua *specialiter* prius negotium (e. g. depositum technico nomine) tolli et novum (ut mutuum, technico itidem nomine) magis pro illo electum esse exprimi debeat. Numquid *δ)* denique generatim atque universe s. summatim „*prius negotium*" s. „priorem obligationem" tolli et „novum" iniri? Haec quidem sententia, quamvis omnium sola maxime probabilis, per se ferri possit, quamvis etiam ex ea maxime molesta sit commercio haec decantanda cautilena et inanis verborum turba ieiunaque colluvio et quamvis hoc verborum aucupium et augustiae a Iustiniani mente, putidam et nimiam ICtorum veterum in verbis premendis subtilitatem longe detestata, alienissimae. At obstat huic opinioni ipsa, cui tanquam fundamento superstructa est, lex, ex qua „*specialiter*" remittenda est prior obligatio, i. e. ex ipsorum illorum interpretum explicatione „nominatim," quare vel ex iis, qui-

6) l. 1 pr. §. 11 l. 31 h. t. 16, 3. l. 5 §. 4 d. praescr. verb. 19, 5.

7) c. 3. 4 h. t. 4, 34.

8) l. l. §. 3 p. 8. Quid? quod alios, ut Glückium rectius interpretatos ideo vituperavit. Caeterum d. l. 25 §. 1. h. t. 16, 3. vid. §. 3 not. 1. Plane falso vero caeterum Glückius l. 24. h. t. (§. 940. 2. V. p. 157 sqq.) porro l. 25. §. 1. h. t. (ib. p. 163) l. 26 §. 1 h. t. (ibid. ex sq.) interpretatus est, quod et iis, quibus meam interpretationem tanquam fundamento superstruxi, argumentis apparet.

1) §. 4 not. 1 et c. 8 d. novat 8, 42.

2) c. 8 d. novat. 8, 42, id quod multi plane neglexerunt. Glück, l. l. §. 940, 2, β p. 156. Gottschalck, l. l. III. c. 23. p. 268. not. h.

1) Thibaut, l. l. II. §. 595 p. 124 et ibi not. 1 cit. v. Wening-Ingenheim, 3 B. II. B. §. 117 not. x u. y. p. 151 §. 369 not. k. p. 395. — Gesterding, Arch. f. civil. Praxis Bd. 2, II. 2, nr. 19 §. 6 p. 234. — Hepp, ibid. XV. B. nr. XI. p. 247 sqq. —

bus alia addere et longum et post aliorum ingeniorum exercitationes supervacuum arbitror, argumentis i. e. propter hanc huius primae interpretationis et incertitudinem ambiguitatemqne et vero discordiam, quae vix explicari potest probabilis ea non videtur. At non magis placet b, adversariorum[2]) sententia, ex qua etiam secundum et post c. 8. cit. *tacito* solo consensu iniri possit privativa novatio. Etenim ut taceam, quae ex ipsius legis contextu, mente et sententia promi et elici possunt contra eam argumenta, ex sola grammatica interpretatione „*specialiter*" adverbium[3]) et „*exprimendi*" verbum[4]) κατ' ἐξοχὴν multo saepius, quam adhuc notatum est, in corpore iur. Iust. dicitur de eo, quod *verbis expressum* est. Quamobrem id mihi certum et extra omnem dubitationem positum esse videtur, in privativa novatione *specialiter* i. e. expressim priorem abligationem remittendam et *expressis* verbis novam pro illa electam esse, declarandum esse. Veruntamen non utique unico solum modo, supra a, δ) allato hoc fieri, sed *actus aliqui* vel *factum expressim* et *specialiter* a partibus novantibus declarari potest, ex quo summa et tanta, quanta ex expressa verbis significatione, certitudine iure civili probata sequitur, ita ut igitur ex const. cit. utique *specialiter* et *expressis* verbis, sed nec „ipse utique animus privative novandi nec utique et necessario priorem obligationem remitti" nec „novam esse pro illa electam, *immediate*, sed *mediate* alia facta s. alii actus, ex quibus" priorem obligationem remitti — et novam pro anteriore electam esse, certitudine iuridica sequitur, *declaranda* sunt, ut ne haec etiam tacita ex aliis tacitis syntheticis vel progressivis innumeris ratioci nationibus artificiosius quam verius deducendis longe arcessantur, qua quidem interpretatione et verba const. cit. premuntur, et omnis ICtorum dissensus tollitur et molestae verborum angustiae evitantur.

§. 7.

d) privativa depos. irreg. novatio.

Quare quae §. 4, sub *a* et *β* de privativa depos. irreg. novatione sunt pronunciata, accuratius ita sunt definienda:

aa) Si inito iam et perfecto deposito specialiter et expressis verbis
aut *α*) immediate
αα) depositum vel
ββ) generatim priorem obligationem remitti
γγ) vel mutuum pro deposito, vel
δδ) generatim novam *pro* priore (*loco* prioris etc.) obligatione iniri,
aut *β*) mediate facta, ex quibus eadem i. e. novatio privativa s. animus privative novandi sequitur, ut ea, quae contraria repugnant per positionem alterius depositi notioni, maxime „permissio usus rei fung. depositae acceptata" (§ 4.) tum depositum in mutuum mutatur;

bb) sin vero neuter ex his (*aa*, *α*, *αα*, *ββ*, *γγ*, *δδ*, *β*.) casibus locum habet tum, etiamsi permissio usus rei fung. depositae acceptata et factus usus repugnet depositi notioni, tamen depositum stat, at *irregulare*.

---

2) v. Löhr, in eiusd. et Grolmanns Magazin f. Rw. u. Gesgeb. Bd. IV. H. 1 nr. 3 p. 29—34 et maxime Mühlenbruch, l. l. II. §. 475 not. 14 p. 487.

3) l. 6 l. 7 §. 1 in quib. c. pign. 20, 2. c. 2. 5 cod. 8, 15. l. 1 §. 1. 2. l. 6. l. 29 §. 1 d. pign. 20, 1. l. 2 pro socio 71, 1. l. 25 §. 5 d. A. H. 29, 2. l. 19 d. appellat. 49, 1. Sic crebro dicitur „*specialiter*" *exprimere* l. 4 §. 4. si quis caut. 2, 11. l. 21 §. 6 l. 27 §. 4 d. recept., qui orb. 4, 8. l. 1. §. 9. d. exercit. act. 14, 1. l. 13 §. ult. d. reb. dub. 34, 5. l. 19. d. hist. mil. 29, 1. l. 62 d. condit. et dem. 35, 1. l. 50 d. V. O. 45, 1. c. ult. d. iur. delib. 6, 30. l. 28 §. 2 d. poen. 48, 19. l. 2 §. 1 d. dol. mal. exc. 44, 4. l. ult. §. 11 d. mun. et honor. 50, 4 l. 14 d. supell. leg. 33, 10. l. 18 §. 13 d. instr. v. instrum. leg. 33, 7. — vid. Rosshirt, Zeitschr. f. Civil-R. und Crim.-R. I. B. H. 1 p. 29—39. — Sintenis, Hdb. d. gem. Pfd.-R. VIII, §. 51. not. 2, 3. p. 448.

4) l. 37 §. 4 l. 64, 66, 68. §. ult. l. 83 §. ult. d. legat. 3. (32) l. 19 d. test. mil. 29, 1. l. 13 §. ult. d. reb. dub. 34.

D) *L. 31. locati 19, 2. interpretatio.*

§. 8.

1) formalis. Non continet iuris (legis) praesumtionem.

Est haec lex [1]) maxime memorabilis et vero controversa. Primum enim plerique ICti [2]) ex ea parum, ut videtur, subtili ratione concluserunt, si quis deposuerit pecuniam et neque clusam neque obsignatam tradiderit et adnumeraverit depositario, eum *tacite* pecuniae usum huic concessisse. At 1, consensum *praesumendum* ex isto facto solo vel potius fingendum esse, tantum abest, ut praeceptum sit, ut ne vocula quidem de *usu* pecuniae neque de ipsius permissione neque acceptatione; neque de *facto* iam revera usu quidquam commemoretur. Deinde 2, illa facta non esse ea, ex quibus consensus deponentis in usum pecuniae concessum certo appareat („concludentia") res ipsa docet, quum ea ita comparata esse debeant, ut nisi consensum in certam aliquam rem vel factum contineant, aut omni sensu et fine careant aut iniusta sint. [3]) Tum vero 3, ex illis factis deponentis consensus in usum depositae pecuniae depositario concedendum *legis* vel *iuris*, quae dicitur, praesumtione poni neutiquam potest. Etenim a, eiusmodi legis s. iuris praesumtio [4]) satis certa et plene ex legibus est demonstranda b, iisque claris et c, quae *spectant* vel *hunc finem* habent (*hoc consilio* sunt proditae), ut probatio in processu civili sublevetur, [5]) ideoque d, verbis pronunciatae sunt dispositivis, neque vero ex iis legibus, quae *facti* (hominis) aliquam praesumtionem comprabant [6]) vel ex causae controversae proprietatibus et qualitatibus deductam in ea ipsa sufficere praecipiunt; praesertim quum hae praesumtiones ad alia non sunt porrigendae. [7]) Eaedem plane rationes quadrant in eiusdem fere argumenti l. 25. §. 1. h. t. 16, 3. supra §. 2. not. 1. cit., cuius ipsius ipsa verba tacitam usus pecuniae de-

---

5. l 2, 33. l. 64 §. ult. d. leg. 2 (31). l. 47 d. cond. et dem. 35, 1. l. 68 d. H. l. 28, 5. l. 59 pr. d. re iud. 42, 1. l. 66 d. don. int. V. et U. 24, 1. l. 86 d. V. O. 45, 1. l. 2 l. 24 §. 1. d. lib. et posth. 28, 2. — Hinc „*expressa*" voluntas opponitur ei, *quae inest* l. 13. §. ult. d. V. O. 45, 1. „*expressa*" conditio „*tacitae.*" l. 21 d. iur. dot. 23, 3. l. 7. quando dies leg. 36, 2. „*expressa*" nocent, *non expressa* non nocent. l. 52 in f. d. cond. et dem. 35, 1. l. 195. d. R. I. 50, 17.

---

1) l. 31 locati 19, 2: Alfenus lib. 5. Dig. a Paulo epitom. „In navem Saufeii cum complures frumentum *confuderant*, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat. Quaesitum est, an caeteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione? Respondi, rerum locatarum duo genera esse, ut aut *idem* redderetur — sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. *Idem iuris* esse in deposito: „nam si quis pecuniam *numeratam* ita deposuisset, ut neque *clusam* neque *obsignatam* traderet, sed *adnumeraret*, nihil aliud eum *debere* apud quem *deposita* esset, nisi *tantundem* pecuniae solveret: secundum quae videri triticum Saufeii factum, et recte datum. Quod si *separatum* tabulis, aut acronibus aut in alia cupa *clusum uniuscuiusque* triticum fuisset, *ita ut internosci posset, quid cuiusque* esset; non potuisse nos *permutationem* facere, sed tum posse eum, cuius fuisset triticum, quod nauta solvisset, *vindicare* et ideo se improbare actiones oneris aversi, quia sive *eius generis* essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo *eius* fierent, et mercator in *creditum* iret, non videretur onus aversum, quippe quod *nautae* fuisset, sive *eadem res*, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori."

2) Thibaut, l. l. II. §. 551, A. not. 9. p. 90. Schweppe, l. l. III. §. 457, A. not. 1. p. 201. v. Wening-Ingenheim, l. l. II, III. 6. §. 233 not. 5. p. 273. Glück, l. l. XV. §. 940. p. 165. sq. 168. Gottschalk, l. l. III. c. 23 p. 268 not. i.

3) l. 2 §. 1. in f. l. 56 pr. d. P. 2. 14. l. 1 §. 4 quod iussu 15, 4. l. 26 §. 1 in f. d. pign. 20, 1. l. 3 §. 1 d. liber. leg. 34, 3. c. 7 d. remiss pign. 8, 26. l. 95 d. A. v. O. H. 29, 2. l. 37 pr. ad SC. Treb. 36, 1. l. 5 rat. rem hab. 46, 8.

4) Weber, üb. d. Verbindl. z. Beweisf. V. §. 5 p. 88 p. 121—142 sqq. II. ed. Heffter, 1832. — Borst, üb. d. Bew. Cast. Bamberg 1816. §. 29—39 p. 45. 50 §. 63. 64.

5) id quod abest l. 31 §. 21 d. aedil. ed. 21, 1. c. 12 d. praes. 2, 23.

6) l. 3 §. 1 d. off. praes. 1, 15. et l. 11 d. peric. 18, 6. l. 23 pr. quod met. c. 4, 2. l. 6. d. cond. c. d. c. n. 5, 12, 4. c. 5 d. codic. 3, 36.

7) l. 14—16 d. legg. 1, 3. Thibaut, Th. d. log. Ausleg. Altona, 1806. §. 13. p. 85. Weber, l. l. p. 129.

positae permissionem ex praemissis factis non posse concludi, demonstrant. Etenim si ea esset rebus et factis acceptata a depositario, quod hic ad usus proprios convertit, ex iure Digestorum non posset „iudicium depositi" et „depositum" perstare (§. 4. not. 2. 3.) quamobrem si qui ICti, [8]) ut has similesque leges (§. 3. not. 1.) inter se componere et conciliare possint, ad c. 8. d. novat. 8, 42. provocant, eorum, quae §. 4. not. 1, 2, 3. disputavi, non meminisse videntur. — Huc accedit, quod *deponens deposito solam* custodiam et deposita certa species vel corpora certa nummorum ut reddantur, spectasse praesumendus est. (§. 4. a — d. not. 4—7.)

§. 9.

2) materialis.

𝔄𝔄) negativa argumenta, quibus aliae refutentur.

Quod ad ipsum legis 31. laud. argumentum attinet, Kritzius[1]) hunc in modum id explicat: „Sie enthält ein merkwürdiges Beispiel, wie ohne die Absicht, Eigenthum zu übertragen, ohne die Absicht, dass der Empfänger eine erhaltene Geldsumme oder fungible Sachen beliebig zu verwenden, soll berechtigt werden, wie dies bei dem Darlehne der Fall ist, ein Geschäft dennoch von solcher Art sein kann, dass nach der Natur und Beschaffenheit desselben, Eigenthum übertragen wird." Quae quidem interpretatio, quacum omnes fere ICti[2]) consentiunt, haud scio, an ferri possit. Etenim a, de *commixtione* ut dominii acquisitione (acquisitionis genere s. modo) in illa lege sermonem non esse, non est, quod probetur, quum ne vocula quidem de ea dictum sit, quamvis ne tum quidem, siquidem hic commixtio casu s. inscio *deponente* (vid. §. 4. a — d. not. 4—7. —) facta fuerit, dominium ipsius omittatur, sed conservatum *in rem* potius actione *suum* ipse persequi possit[2]) qua singulas res corporales („certas species, certa corpora, corpora nummorum") nostras esse intendimus (i. e. *vindicamus* s. *petimus*. [3]) neque vero *in personam* (*personali*) vel potius actione „*si certum petetur*." [4]) Imo non solum a depositario pecuniam depositam cum sua commixtam esse, non commemoratum est, sed et ab eo ad usus proprios conversum vel erogatum fuisse silentio praetermittitur, quae facta non posse pro lubitu et mero arbitrio poni vel fingi, ratio ipsa docet. Deinde vero b, ne minimum quidem, id quod Kritzius putat, in laud. lege de dominii alienatione vel transitu, neque id a deponente omissum neque a depositario acquisitum esse pronunciatur, sed tantum „*nihil aliud* hunc *debere*, nisi *ut tantundem* pecuniae solvat" i. e. hunc ad nihil aliud cum *vi* (*effectu*) vel *efficienter*, et cum *iuris necessitate* id quod constat *debendi* vocem fere semper significare. [5]) *cogi* posse, nisi ut etc. exprimitur. Quod quidem vero verius esse,

---

8) Schweppe, l. l. III. §. 457. p. 202. Thibaut, l. l. II. §. 551. not. t. p. 91.

---

1) l. l. I. II. VIII. Anh. 1. §. 1. S. 311. Thibaut, l. l. II. §. 515. not. 9. p. 63. Bynkershoek, obs. L. I. c. 47, quem tamen inspicere non potui.

2) §. 28. d. R. D. 2. 1. l. 5. pr. d. R. V. 6, 1.

3) Gai. IV. §. 3, 5. §. 1, 2. 15. d. A. 4, 6. l. 25 pr. d. O. et A. 44. 7. quare minus recte videntur praecipere 1. Muhlenbruch, l. l. II. §. 259, II. p. 97. „weshalb denn die petitorische Klage hier auch nur auf etwas individuell Unbestimmtes gerichtet sein kann." 2. Schilling, Lb. f. Instit. u. Gesch. d. Röm. Priv.-R. II. Leipzig, 1837. §. 160. not. d. p. 534. „oder von dem aus der Mischung entstandenen Ganzen so viel, als von dem Seinigen dazu gekommen ist, vindiciren. — Schweppe, l. l. II. §. 264 p. 119: „andere der Quantität und Qualität nach gleiche Sachen." vid. not. 6—10. et c. 8. h. t. 4, 34. l. 29, 46. d. cond. indeb. 12, 6. l. 14. §. 8 d. solut. 46, 3.

4) l. 1 d. cond. trit. 13. 3. D. T. d. R. C. „*si certum petetur*" et de condictione 12, 1. C. „*si certum petatur*" 4, 2. vid. Schilling, l. l. §. 104. not. r. s. p. 344.

5) l. 108. 178 in f. d. V. S. 50, 16. hinc *debitores*, qui *inviti* ad solvendum cogi possunt. l. 16 §. 4. d. fideiuss. 46, 1. l. 108 d. V. S. 50, 16, et hinc *debita* portio, *debita* pars ei vel in dictt.: *debitus* honor, *debita* pietas, *debitum* officium in *rom.* iure, ut quod etiam moralia vel ethica (s. str.) officia comprobavit, id significatur, ad quod quis *civili* iure vel

rerum, quae pondere, numero, mensura consistunt vel quae *communi specie* continentur vel pecuniarum nec agnoscendarum fere nec reminiscendo recognoscendarum nec ab aliis eiusdem generis distinguendarum docet qualitas et natura, nec de aliis, nisi de iis, ad quas quis ut cogatur, fieri potest [5a]) („Zwangspflichten"), obligationibus fere in iure agi posse, ipsa ratio docet, quum in civitate non de idealibus (problematicis et provisoriis) sed de realibus et peremtoriis quaeratur. Ex quibus in ista lege simplicissimam sententiam praecipi apparet, quae vitae usu quatidianae et rerum quae sunt immutabili conditione confirmatur et meus ac sententia est haec: „*Factice* quidem s. de facto et re ipsa depositarius nihil aliud nisi tantundem debet, ex iure vero fere eadem nummorum corpora; at ad haec solvenda non potest a deponente cum vi vel effectu et iuris necessitate *cogi*; quare de *facto* quidem vel re ipsa, s. de *effectu* depositarium depositae pecuniae dominum fieri, at non de iure, nam si *internosci possit*, *quid* depositarii *sit*, deponentem posse *vindicare*, quod non licere possit ei, si dominium amiserit." At si quis, quid tandem intersit *practici*, ut ita dicam, discriminis inter Kritzii aliorumque et meam sententiam, in eo illud est positum, quod α) quum deposita corpora nummorum in dominio deponentis perdurent, hic in *rem* non tantum in personam (not. 3.) β) et quidem in rem actione, non modo personali depositi (not. 3.) γ) nec modo a depositario eorundum corporum certorum nummorum solutionem persequi δ) neque vero quidquam aliud, ne alias quidem eiusdem generis et qualitatis vel naturae res — tantundem exigere potest, quoniam quum ex deposito (§. 4. a, c, e, not. 4, 5, 7.) obligationem tum dominium [6]) vel ius in *solis* iis rebus, quas deposuit, neque in aliis habet; et quod igitur, si in libello alias res eiusdem generis (pecunias, summam, quantitatem) petat, ipsius haec actio sit reiicienda, quod maximi practici momenti est. ε) deponens *furtum* s. interversionem committit, si usu a deponente pecuniae depositae non concesso sciens dolo malo ea usus fuerit (quamvis hic, uti sub γ) crebro probatio deficiat vel defectura sit.) ϑ) quod depositarius non casum fert vel propterea, quoniam usum pec. depos. re vera factum esse non commemoratur. Consentit vero et Kritzii et mea l. 31. laud. interpretatio in eo, quod depositarius non potest cum vi et effectu cogi ad aliud quid nisi ut tantundem reddat solvendum. Iuri deponentis igitur certo in (certa) *corpora nummorum* [9]) (pecuniae) respondet tantum depositarii obligatio *incerta*, [10]) *pecu-*

---

saltem eo, quod iure civili comprobatum nec reprobatum est, cogi potest. vid. *mea* „*Doli descriptio*." Misenae 1837. §. 5. p. 8. sq.

5a) l. 31. d. R. I. 50, 17. §. 1. d. inut. stip. 3, 20.

6) Dominii enim nota essentialis, radicalis s. constitutiva est rei, cui inhaeret, *identitas*, ita, ut adeo ipsum dominium *res corporalis vel corpus* dicatur et hae dictiones aliis *iuribus* opponantur. §. 1. d. acquis. per arrog. 3, 10. l. 8. pr. quib. mod. pign. solv. 20, 6. l. 3. pr. d. B. P. 37, 1. l. 13. §. 12. d. damn. inf. 39, 2. l. 2 §. 3 d. precar. 43, 26. quid? quod adeo de Buchholtz, „Versuche üb. einz. Theile d. Theorie d. h. Röm. R. Berlin, 1831. nr. 1. p. 6. non res, sed iura in „corporalia et incorporalia" dividi opinatus est, sed vid. Schilling, l. l. II. §. 58. not. h. p. 223. infr. sq.

7) l. 8. pr. d. cond. furt. 13, 1. c. 3. h. t. 4, 34: „Si *depositi* experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis, *cum* tibi debeat gratulari, quod *furti* actione eum non facias abnoxium, siquidem, qui rem *depositam* invito *domino sciens prudensque* in *usus* suos converterit, etiam furti delicto succedit." Vel hic solus locus Kritzii sententiam satis refutat. — Caeterum si qui depositarius ex factis (ut ex eo, quod nec obsignata nec clusa pecunia est annumeranda deposita) usum ipsius esse permissum, arbitratus bona fide ea usus est, furtum non committit, §. 7. d. O. quae ex del. 4, 1. sed pro rerum conditione propter culpam ex contractu actione conveniri damni restituendi causa potest. l. 76. pr. d. furt. 47, 2.

8) l. 10. d. R. C. 12, 1. l. 1. §. 34. h. t. 16, 3.

9) l. 24. h. t. 16, 3. vid. in univers. l. 19. §. 2. l. 46. d. cond. ind. 12, 6. l. 30. pr. l. 5. l. 51. l. 34 §. 3, 4. d. leg. I. (30). l. 95. l. 79. §. 1. d. leg. III. (32). l. 3. in f. l. 4. commod. 13, 6. l. 5 pr. d. imp. in r. dot. fact. 25, 1. l. 94. §. 1 d. sol. 46, 3. l. 29. l. 37. d. V. O. 45, 1. l. 7. pr. d. exc. rei ind. 44, 2. l. 10 d. accept. 46, 4. l. 13. §. ult. d. R. C. 12, 1. l. 34. §. ult. d. pignor. 20, 1.

10) l. 75. §. 8 d. V. O. 45, 1. De aliis „certi" et „incerti" significationibus vid. Gans, „Ueber Röm. Obliga-

niarum [11]) *quantitatis*, *summae* summae quantitatis, [12]) incertorum corporum [13]) s. obligatio *generis* et depositarii est *ius* (s. facultas) *alternativum*, [14]) ex quo pro re certa praestanda aliam reddere licet.

§. 10.

𝔅𝔅) *Positiva argumenta.*

Num et qua tandem acquisitione, possit quispiam quaerere, depositarius fit pecuniarum (vel rerum fungibilium universe) depositarum dominus? Utique vero, et quidem aut, id quod ipsa legis laud. verba („non potuisse nos *permutationem* facere") demonstrant, *permutatione* ut *iusta* traditionis *causa* (causa κατ᾽ ἐξοχὴν, iusto titulo — titulo) absolute necessaria, [1]) etsi *cogitata* [2]) tantum, ex qua animus dominii transferendi (not. 7.) cognosi possit, aut *occupatione*. Nam si depositarius deponenti aut sponte aut actione depositi conventus et ex lege 31 laud. non, ut eadem nummorum corpora, sed ut *tantundem* reddat, condemnatus tantundem solvit, *permutat* [3]) pecuniam depositam cum alia nunc reddita et *huius* dominium *traditione* [4]) ad deponentem transfert, uti universe pecunia permutari [5]) potest. Depositam vero pecuniam depositarius tum demum, postquam tantundem reddidit, in dominium acquirit et quidem „*nuda voluntate*" ut acquisitionis modo, „*brevi manu*" acceptam et datam. [6]) Denique *affectus* et *voluntas* dominii et acquirendi et transferendi utique etiam necessarius [7]) deponentis quoad res depositas omittendas et ad depositarium transferendas eo inde a temporis momento adest, quo tantundem ipsi redditum est et sibi satisfactum esse *credit* et *declarat*, depositarii vero quoad acquirendas aut anticipata aut tum saltem, postquam reddidit tantundem et se depositas pecunias reddidisse et obligationi suae satisfecisse se, ideoque quas retinet apud se, de iure suas esse *credit*. Qua in re quidem de identitate pecuniarum error alterius aut utriusque partis obvenisse potest, at neque alteri re vera perniciosus neque vero is, qui probari possit et dominii transitum impedire, ut taceam, hunc vix errorem dici vel saltem nihil quidquam effectus vel efficaciae haberi, quum utriusque fere partis

---

tionen-R. Heidelb. 1819. p. 76. sqq. 88. sqq. Zimmern, Gesch. d. Röm. Priv.-R. bis Justin IV. (Process) Heidelberg, 1829. §. 61, 62. Schilling, l. l. §. ll. §. 104. not. r. s. t. p. 344.

11) l. 30. pr. d. legat. l. (30) c. 2. §. 1. d. constit. per. 4, 18. §. 2. d. usufr. 2, 4. l. 5. d. usufr. ear. rer., quae etc. 7, 5. c. 22 in f. d. adm. tut. 5, 27.

12) l. 34. §. 3, 6 d. legat. l. (30) l. 23. pr. d. don. 39, 5. l. 29. pr. l. 65. §. 1. V. O. 45, 1. l. 45. §. 10. l. 47. §. 1. d. iure fisci 49, 2. l. 11. d. compens. 16, 2.

13) l. 1 §. 7. l. 30. §. 5 ad l. Falc. 35, 2. l. 85 d. legat. III. (32) l. 25. §. 17. fom. erc. 10. 2.

14) uti l. 1. d. noxal. act. 19, 4. l. 6. §. 1. d. re iud. 42, 1. l. 16. §. 3 d. pign. 20, 1. c. 2, 8. d. resc. vend. 4, 44. l. 12. §. 1. quib. mod. pign. solv. 20, 6. c. 19 d. usur. 4, 32.

---

1) l. 31. pr. d. A. R. D. 41, 1. l. 11. §. 4. d. exc. rei iud. 44, 2. l. 159. pr. d. R. I. 50, 17. §. 14. d. usuc. 2, 6. c. 24 d. R. V. 3, 32. c. 33 d. don. 8, 54, 58 pr. d. bon., quae lib. 6, 61. Hert, d. convent. dominii translat. opp. Vol. I. T. III. p. 44. sqq. Mühlenbruch, l. l. II. §. 250, 2. not. 6. p. 80. nisi si quis velit statui, *ipso iure* vel *lege*, id quod tamen raro et non nisi clara lege disponente poni potest l. 14. d. suis et legit. hered. 38, 16. Ulp. fr. XIX. §. 2, 17. cf. Mühlenbruch, l. l. II. §. 260, med. 1—3. p. 98, inpr. not. 4. p. 99. et ibi cit. dominium pecuniarum depositarum ad depositarium transferri, sed vel tum quo tandem modo deponans aliarum pro his ipsis redditarum acquirit, non est explicitum; num etiam lege? sed quonam?

2) l. 48 d. usucp. 41, 3. l. 36 d. A. R. D. 41, 1.

3) l. 1 pr. d. praescr. verb. 19, 5. l. 16 d. cond. c. d. c. n. s. 5, 12.

4) §. 40 d. R. D. 2, 1. l. 9 §. 3 d. A. R. D. 41, 1. c. 20 d. P. 2. 3.

5) l. 1 pr. §. 1. 2. d. contr. emt. 18, 1. l. 26 d. praescr. verb. 19, 5.

6) l. 43 §. 1. d. iur. dot 23, 3. §. 44 d. R. D. 2, 1. l. 9 §. 5. l. 21 §. 1. d. A. R. D. 41, 1. l. 9 §. 1 d. P. in rom. A. 6, 2. vid. l. 9 §. 9 d. R. C. supra §. 3. not. 1 cit. „*animo* enim coepit possidere." l. 3 §. 3. l. 38 §. 1. d. A. v. A. P. 41, 21 l. 62 pr. d. evict. 21, 2.

7) l. 9 §. 3. 4 d. A. R. D. 41, 1. l. 55 d. O. et A. 44. 7. l. 13 pr. l. 13 pr. l. 20 §. 2.

et re (veritate) et vero existimatione mentis (opinione) etsi falsa nihil quidquam intersit,[8]) ita ut tum, si utraque sibi satisfactum *credit*, plus esse in opinione, quam in veritate,[9]) si re vera non eaedem res, quae debebant tradi et putabantur, sunt traditae, dici possit. Idem valebit, si deponens non in depositarium utique ipsum pec. depos. dominium transferre voluerit, praesertim quum ad incertas adeo personas hoc transire possit, ut si missilia in vulgus iactantur.[10]) Pecuniarum vero pro depositis redditarum dominium et transferendi et acquirendi affectus utrique parti inest in ipso traditionis momento. Neque huic meae argumentationi obstat, quod partes non semper *huius iustae causae permutationis* memores sunt, quum adeo error in ea interpositus non is sit, quo dominii transitus prohibeatur.[11]) II. Deinde vero si non ubique permutatio quadret, semper statui posse *occupationem* tum depositae tum pro ea redditae pecuniae arbitror. Simulatque enim deponenti a depositario tantundem redditum est, utraque pars, sibi quaeque satisfactum esse arbitrata, suae quaeque pecuniae dominium amittendi et alterius pro derelicto habitam acquirendi altera voluntatem habet, vel apprehensione vel expendendo.[12]) — Sin denique, id quod quis obiicere possit, re vera depositarius deponenti aut casu aut consulto eadem nummorum corpora reddiderit, tum nulla plane dominii acquisitione opus est. —

II. De l. 32. d. R. C. 12, 1.

§. 11.

Kindii de l. 32. d. R. C. propos. interpretatio.

Ex hac nimirum lege[1]) Kindius[2]) demonstrare studet, si in actione mutui mota reus in litis contestatione pecuniam se accepisse confiteatur, caussam vero debendi ex mutuo negaverit, actorem hanc probare non teneri, quod e cognita numeratione pecuniae eadem, quae mutuo inest, obligatio ad tantundem in eodem genere reddendum nascatur, nisi de iusta causa retinendae pecuniae acceptae constet cum nemo liberalis esse praesumatur et pecunia non donandi, sed credendi animo data esse censeatur. Aliam enim, atque mutuum iustam causam, quae condictioni locum faciat, haud deesse, aequitatem quippe.

§. 12.

Refutatio 1) ex lege ipsa.

Tantum vero abest, ut lex laud. quidquam ad Kindii sententiam faciat, ut solum et unum ius *materiale*, neutiquam vero *formale* seu *processuale* contineat. Nihil enim aliud in ea nisi errorem acceptantis debitoris in persona creditoris hunc non impedire, quominus hic non quidem ex mutuo certi condictione, sed tamen alia agere posse, praecipitur. Ex quibus praesertim solis qua tandem ratione sententiae Kindianae veritas concludi possit, ego equidem non intelligo. Deinde in laud. lege expressis adeo verbis ex mutuo certi condictionem *non* esse institutam ponitur

8) l. 38 §. 17 d. V. O. 45, 1. l. 11 d. furt. 47, 2. l. 8 pr. l. 15 pr. d. servitut. 8, 1. l. 61. d. P. 2, 14.

9) l. 13 §. 1. l. 15—19 d. A. H. 29, 2. l. 76 d. R. I. 50, 17. l. 14. 15. qui test. fac. poss. 28, 1.

10) §. 46 d. R. D. 2, 1. l. 9 §. 7 d. A. R. D. 41, 1.

11) l. 48 d. usurp. 41, 3. l. 36 d. A. R. D. 41, 1.

12) §. 18. 47 d. R. D. 2, 1. l. 1 §. 1. d. A. R. P. 41, 2. l. 1. l. 5 §. 1. pro derel. 41, 7.

1) „Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titii debitorem esse, an *mihi obligaris*? Subsisto, si quidem *nullum negotium mecum* contraxisti. Sed propius est, ut *obligari* te existimem, *non* quia pecuniam *tibi credidi* (hoc enim *nisi inter* consentientes fieri non potest, *sed quia* pecunia mea, quae ad te pervenit, *eam* mihi a te *reddi*, *bonum* et *aequum* est."

2) Kind, l. l. Quaest. for. IV. c. 66 p. 339.

et institui non posse pronunciatur, quod ipse Kindius (l. l. sub fin. p. 340) intellexisse videtur. Cui quidem meae sententiae omnes ICti[1]) refragantur, mutui actionem in proposita causa institui posse ex illa lege arbitrati, quo quidem iure, ipsi viderint. Etenim claris verbis plane contrariis „*nullum* in proposita causa negotium ideoque nec *mutuum* inter errantem debitorem et pecuniae dominum, de cuius persona hic erraverit, contractum esse;“ et „siquidem obligatio existat, tamen hanc *non* inde, quod pecunia sit credita, ortam esse; quoniam *creditum non nisi* inter consentientes iniri possit,“ s. errorem de identitate contrahentium personarum essentialem esse,[2]) disponitur. Quodsi vero in laud. lege de actione mutui plane non est sermo, quomodo Kindius ad illam, quae sententiam de *hac* propositam probet, provocare potuerit, alii, non ego, enucleaverint.

§. 13.

2) *Kindii argumenta nimium probant.*

Deinde quae Kindius argumenta ad stabiliendam suam sententiam profert, ab aequitate profecta, haud scio an nimium, ergo nihil probent. Quadrant enim illa in *quamvis aliam* rei persequendae gratia comparatam actionem[1]) ita ut, si reus, rem ab actore vel quo hic vult tertio accepisse se confiteatur, hic iamiam ius suum satis probasse putandus, et a probationis onere liberatus, nisi reus exceptiones peremtorias probaverit, facillimam reportet ignorans victoriam. Quodsi vero Kindius ad decidendi rationem „quia pecuniam meam, quae ad te pervenit, mihi a te reddi bonum et aequum est,“ provocat, potuisset etiam ad alias leges profugere, quae nihil aliud atque idem plane mere materiale, nec formale vel processuale principium iuris „Iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem,“ continent et in factum actionem concedunt.[2]) Neque quidquam aliud praecipiunt leges,[3]) ex quibus „in re *obscura* melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro;“ quippe iuris remedium *materiali* modo sensu esse in eam rem concedendum et idem plane, quod laud. lex, argumentum continet Marciani aliqua.[4])

§. 14.

3) *Kindii refutatio ex argum. processualibus.*

Denique etiam omnibus plane, quae adhuc certa, firma et intacta stabant, processus principiis Kindii sententia repugnat. Nam a) quomodo actio mutui, ut quae igitur nulla nisi ea facta singula continet, quae ad *hanc* fundandam requiruntur, sustineri et servari possit tanquam ex *alia* causa, ut „sine causa“ condictionem, ego vix ac ne vix quidem intelligo. Ex principio enim disputandi ut taceam invito actori non posse obtrudi dicamne an inferciri aliam, atque ipse spectavit vel saltem spectasse praesumendus vel modo putandus est, actionem, etiam mutui actio ut alia vel alia iusta causa nixa, cuius singula essentialia facta in illa, saltem ut actione mutui (qua

---

1) Mühlenbruch, l. l. II. §. 375 not. 8 p. 322. §. 338. III. not. 7 p. 251. Schweppe, l. l. III. §. 449, d. p. 179 sed §. 418, 6. not. 5 p. 188 aliam plane sententiam profert.

2) l. 15 d. iurisd. 2, 1. l. 2 pr. d. iudic. 5, 1.

---

1) ad quam iam Kindio, ut videtur, auctore, alii ipsius sententiam protraxerunt, e. g. indic. urbanum Lips. ad pecuniarum imo etiam ad instrumentorum, vestium et aliarum rerum depositarum actionem in „Sachen Gottfr. Aug. Hofmanns und Cons., Klägern entgegen Carl Colditz, Bekl. 1814—18.

2) l. 206. d. R. l. 50, 17. l. 3, §. 4. de neg. g. 3, 5. l. 3, 14 d. cond. ind. 14, 6. D. d. in rem verso 15, 3. in pr. l. 1. pr. l. 3. §. 2. l. 4, 6. — l. 1, 2 pr. in f. d. leg. Rhod. 14, 2. l. 4, 16. d. vi 43, 16. l. 34. pr. d. minor. 4, 4. l. 25. §. 11. d. H. P. 5, 3. l. 3, §. 4, in f. rer. amot. 25, 2. Sell, Versuche im Gebiete des Civil-R. Giessen, 1833. Th. I. Abh. I. §. 2—23.

3) l. 41. §. 1. d. R. l. 50, 17. l. 14. §. 1. in f. d. relig. 11, 7. c. 22. §. 5. d. iur. delib. 6, 30. c. 8. §. 2. d. codic. 6. 36.

4) l. 25. fin. rer. amot. 25, 2. „*iure gentium* condici puto posse ab his, qui *non ex iusta causa* possident.“

tali) non sunt allata, saltem non allata esse debent, non potest nisi suppletis *contra* processus communis [1]) et vero Saxonici [2]) regulas ex ista longe detestanda a iudice celebrina, quae vocatur, aequitate et obtrusis factis at iis, quae condictionis sine causa propria sunt, sustineri, et si forte haec contineat, vel tum ante omnia ab actore probanda sunt, et illa actio non ut mutui, sed ut alia, e. g. condictio sine causa, sustinetur. — Tum vero b) Kindii argumenta (§. 11.) plane repugnant legibus, ex quibus tum propter rerum naturam [3]) tum expresse iubentibus [4]) favorabiliores rei potius quam actores habentur, et reus non debet actori ante probationem iuris rationes reddere vel titulum edere [5]) praesertim quum sit possessor, ut qui in pari causa potior haberi debet, [6]) denique vero c) omnibus oneris probandi principiis, ex quibus quaeque pars quodvis incertum et per se subsistens affirmatum factum, quod ad ius et ipsius fundamentum et originem pertinet, probare debet, et omnia facta, a quorum certitudine pendet sententia, probata antea esse debent. [7]) Rem denique conficit Julianus [8]) „Non omnis *numeratio*, inquit, eum, qui accepit, *obligat* sed quoties id ipsum *agitur, ut* confestim *obligetur.*"

III. De c. 11. d. A. et retin. P. 7, 32.

§. 15.

1) Vitia possessionum, quaenam?

De huius propositae const. [1]) interpretatione quum Unterholznerus [2]) desperaverit, haud scio an operae pretium facturus sim, qualemcunque novam si in medium protulerim. Et 1, quidem „*vitia possessionum*" in eo constant, ut quis *vi*, *clam* vel *precario* possideat; [3]) quae dicitur

1) Reinhardt, Handb. d. g. t. ord. Proc. I. §. 19. p. 29. et not. 1. citati. Martin, Lb. d. t. g. bürg. Proc. Heidelberg, 1834. §. 16. p. 28. et not. c. citati. Linde, Lb. d. d. g. Civ.-Proc., Bonn, 1835. §. 166. not. 2, 3. p. 205. — vid. l. 18. comm. div. 10, 3. „*Ultro id*, quod in iudicium deductum est, *excedere potestas iudicis* non potest." l. 6. §. 1. d. off. praes. 1, 18. c. 17. d. fideic. eb. 7, 4. l. 25 §. 8 d. aed. ed. 21, 1 c. 34. X. d. appell. 2, 28.

2) A. P. O. tit. 34. „Die sententiae sollen dem Libell oder dem negotio, so in iudicium deducirt werden, wie auch denen Actis und Probatis gemäss seiu, und von dem Judice in facto nichts supplirt werden." vid. Kori, Theor. d. sächs. bürg. Proc., Jena, 1822. I. §. 53. not. 4. p. 112.

3) l. 42. in f. l. 125. d. R. I. 50, 17. l. 19. l. 38 pr. §. 1 d. re iud. 42, 1. c. 19 d. except. 8, 36. l. 47 d. O. et A. 44, 7.

4) c. 26. X. d. sent. et re iud. 2, 27. nov. 112. c. 2.

5) c. 28. d. R. V. 3, 32. c. 11. d. H. P. 3, 31.

6) l. 128. pr. l. 126. §. 2. d. R. I. 50, 17. l. 9. §. 4 d. P. in rem A. 6, 2. l. 11 §. 6. l. 34. pr. d. minor. 4, 4. l. 14. pr. d. noxal. act. 9, 4. l. 8 d. cond. ob turp. c. 12, 5.

7) Weber, üb. d. Verbindlichkeit z. Beweisführung im Civilproc. VI. §. 1 sqq. p. 111. §. 6 p. 120 sq. §. 18 p. 167 sq. — II. §. 7—11. p. 22. sqq. (ed. Heffteri, 1832.)

8) l. 19 d. R. C. 12, 1.

1) „*Vitia possessionum* a maioribus contracta perdurant, et *successorem auctoris sui culpa* comitatur."

2) Ausführl. Entwickelung der gesammt. Verjährungsl. Leipzig, 1828. I. §. 99 nr. 2. not. 339 p. 340: „Der erste Theil kann (wegen des Ausdrucks „maiores") füglich auf die sogleich zu erwähnende Ausnahme bezogen werden, welche in Bezug auf die successio per universitatem eintritt. Bei dem zweiten Satze ist dieser Ausweg bedenklich (wegen des hier gebrauchten Ausdrucks „*auctor*") nicht minder bedenklich ist es, an solche vitia zu denken, welche der Sache ankleben (denn es widerstrebt der Ausdruck „*culpa*.") Donatius, comm. iur. civil. V. 20 §. 17 bezieht den Ausdruck auf einen Fall, wo der Successor sich die Zeit des Besitzes, welchen sein Auctor inne gehabt hatte, zurechnen wollte. Allein auch diese Erklärung hat ihre Schwierigkeiten. Da übrigens, abgesehen von dieser Stelle, Alles sehr klar ist, so sind diese Bedenklichkeiten nicht sehr wichtig!!"

3) §. 4 d. interd. 4, 15. l. 1 pr. §. 5. uti possid. 43, 27.

iniusta, *vitiosa* et *improba* possessio. [4]) Haec vero „vitia possessionum" distinguenda sunt a „*vitio rei*" in universum, quae rem usucapionis, longi temporis praescriptionis et adeo praescriptionis 30 vel 40 annorum incapacem reddunt, [5]) et ab aequalibus ICtis „*realia*" dicuntur, ut opponantur „*personalibus*," quorum causa posita est in ipso possessore, uti in mala ipsius fide. Ad *haec*, non ad illa pertinent etiam haec vitia possessionum, quod et ex vocabulo *culpae* sola *subiectiva* alicuius *hominis* ratione habita ad solam *personam* s. possessorem referendo [6]) et ex verbis „*a maioribus*" contracta apparet. Sententia igitur primae partis huius const. est vulgare illud praeceptum „Successor universalis, etsi in bona fide versatus, usucapere vel praescribere non potest rei a defuncto („maioribus") (in cuius ius universum succedit) mala fide (vel clam, vi vel precario) possessae. [7])

§. 16.

„Successor" et univers. et „singular." intelligi potest.

Secunda pars constitutionis quo minus de 1) successore *per universitatem* intelligatur impediri putat Unterholznerus voce „*auctoris*." At haec vox etiam de eo, et si rarius dicitur, abs quo ius *universum* (per *universitatem*) transit, [1]) ita ut si de eo intelligatur haec lex, ipsius sensus sit „Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat;" [2]) quae interpretatio maxime fulcitur prima huius const. parte (§. 15. fin.) 2) De singulari vero successore si intelligantur ista verba, plane repugnare videntur iuris regulae, ex qua hic in bona fide versatus, quamvis *auctor* ipsius in mala fide fuerit, tamen usucapionem vel praescriptionem eiusdem rei inchoare potest. [3]) At „videntur" tantummodo. Etenim res *vitiose* (vi, clam, precario) possessae praescriptione longi temporis non possunt acquiri, tum vi vel clam (furto) [4]) tum vero etiam *precario* possessae, quoniam qui precario rem possidet, et tamen ad tertium transfert, ab eo inde temporis momento *iniuste* et *mala fide* possidet et alienat. Res vero a malae fidei possessore alienatae non sunt capaces usucapionis vel praescriptionis [5]) longi temporis. Iam quum haec etiam vitia, quibus aliqua res vel vi, vel clam vel a malae fidei possessore alienata est, tam diu perdurent, quam in domini potestatem reversa fuerit, [6]) et quum haec incapacitas non solum ad eos, qui vi, clam vel precario possederint, sed etiam ad alios pertineat, qui ab his, etsi bona fide easdem res sive singulas s. per universitatem acquisiverint, [7]) optime huius secundae partis const. sententia explanata est, et haec vitia possessionum subiectivo quidem sensu intelligenda

---

4) Schilling, Lb. f. Instit. u. Gesch. d. Röm. Priv.-R. II. B. Leipzig, 1837 §. 136. not. a. b. p. 456. 458.

5) §. 10 d. usucap. et longi temp. poss. 2, 6. l. 24 §. 1. d. usurpott. et usucapp. 41, 3.

6) vid. *mea* „Doli descriptio," Misenae, 1837 §. 12. p. 14. §. 15. 17 p. 15.

7) §. 12 d. usucap. 2, 6. l. 11 d. div. temp. praescr. 44, 3 c. 3 d. usucap. 7, 30.

---

1) *Hermog.* Cod. lit. 12 l. 1. „..bona, quae, cum *moneretur auctor* tuus, eius fuerunt, solenniter petis." Paul. Sent. I, 3. 4: Actio de exsequutione iudicatarum rerum non solum ipsi *auctori*, qui egit, sed et *heredi* similiter debetur." Sic etiam de *defuncto*, a quo ius universum transiit, intelligi potest. l. 175 §. 1. d. R. I. 50. 17. „Non debeo melioris conditionis esse quam *auctor meus*, a *quo ius in me transiit*," praesertim si „*ius*" hic intelligas „*universum*," ut in pr. d. iust. et. iur. 1, 1. l. 10 pr. cod. 1, 1. l. 3 pr. d. B. P. 37, 1 „..Successio, qua in „*ius*" demortui succeditur."

2) l. 59 d. R. I. 50, 17.

3) c. 1 d praescr. l. t. 10 v. 20 ann. 7, 33. l. 5 pr. d. div. temp. praescr. 44, 3. c. 4 d. R. V. 3, 32. nov. 119, c. 7.

4) §. 2. 8. d usucap. 2, 6.

5) [l. 37. §. 1. l. 38. d. usurpat. 41, 3. §. 7 d. usuc. 2, 6.] *nov.* 119. *c.* 7. Schilling, I. l. §. 166, 3. not. n. p. 560., ubi per typothetae, ut videtur, errorem scriptum est „Unbewegliche Sachen."

6) §. 2. 8. d. usucap. 2, 6 l. 24 §. 1. l. 33 §. 2 d. usurpat. 41, 3 l. 6 d. vi bon. rapt. 47, 8. c. 5 d. usucap. pro emt. 7, 26.

7) §. 3 d. usucap. 2, 6. Gai. II §. 49. nov. 119, c. 7.

ad possessorem tantum non ad *rem* s. obiectum pertinent, sed tamen etiam *in rem* sunt, i. e. cuicunque possessori obstant, non modo *in personam*.

IV. De rerum amot. actionis in heredes transitu. 1) De c. 3. rer. amot. 5, 21. — 2) l. 6. §. 4, — 3) l. 21. §. 5. eod. 25, 2.

§. 17.

1) De c. 3. rer. amot. 5, 21. — „Successores" soli universales sunt intelligendi.

In laudata const. [1]) dubitationem movet *„successores"* vox, qua κατ' ἐξοχὴν soli mihi *universales* s. *per universitatem* intelligendi esse videntur, [2]) nec *singulares* s. in *singulas res*, quoniam a) *ad eos* quidem omnes fere aa) et in rem et bb) in personam actiones [3]) etiam ex maleficio proditae [4]) *cessione* et quidem aut ipso iure, aut re indicata aut iuris negotio, si a nonnullis exceptionibus discesseris, [5]) transeunt, b, *in* s. *contra* eos vero nullae plane nisi aa) *in rem* actiones [6]) nonnullis exceptis [7]) bb) et *in rem scriptae*, [8]) neque vero in *personam* s. *personales* actt. [9]), minime omnium *ex re i. e. ex maleficio* natae [10]) quoniam in iis omnis *culpa* deest, [11]) nisi aut α) *novatione* vel delegatione [12]) vel litis contestatione [13]) aut β) *intercessione*, sive privativa, ut expromissione, sive cumulativa, [14]) aut γ) lucri alicuius alterius iniuria dati restituendi causa. [15]) — Quare errare videtur Müllerus, qui [16]) voce *successorum* e. g. pa-

---

1) Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. et C. C. Quartino: „De rebus, quas divortii causa *quondam* uxorem tuam abstulisse proponis, rerum amatorum actione contra *successores* eius non in *solidum*, sed *in quantum ad eos pervenit*, quod si res exstent, dominii vindicatione uti non prohiberis."

2) c. un. ex delict. def. in quantum *hered.* ten. 4, 17 „*Successores*," in quantum ad eos pervenit, conveni iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur. l. 24 §. 1 d. damn. inf. 39, 2 „Adiicitur in hac stipulatione et *heredum* nomen *vel „successorum"* eorumque, ad quos ea res pervenit. „*Successores*" autem non solum qui in *universa* bona succedunt, sed ... l. 1 §. 13 quod legat. 43, 3 „In locumque *successisse* accipimus, sive *per universitatem*, sive *in rem* successerint." Sic sine „*successore*" *decedere* l. 13 §. 13. l. 14 l. 25 d. fideicomm. lib. 40, 5. cf. l. 9. §. 1. d. edendo 2, 13. §. 11 d. test. ord. 2, 10 l. 2 §. 19 pro emtore 41, 4. l. 3 pr. d. fideic. her. pet. 5, 6. l. 21 d. test. mil. 29, 1. l. 1 §. 4 d. success. ed. 38, 9. c. 21 d. P. 2, 3. c. un. ne pro dot. mul. 5, 22. c. 4 in quib. c. cess. l. t. p. 7, 34. c. 1 d. rer. permut. 4, 64. c. 2 d. liber. praeter. 6, 28.

3) c. 8. 9. d. H. v. A. V. 4, 39. l. 35 §. 4 d. contr. emt. 18, 1. l. 21. 63. d. R. V. 6, 1. Mühlenbruch, d. Lehre v. d. Cession d. Forderungsrechte. Greifsw. 1836. II. I. §. 22. p. 245 sqq.

4) l. 12 d. V. S. 50, 16. l. 14 pr. l. 80 d. furt. 47, 2. l. 38 §. 1 d. solut. 46, 3. l. 7 §. 1 commod. 13, 6. l. 35 §. 4. d. contr. emt. 18, 1. l. 31 pr. d. A. E. V. 19, 1. Mühlenbruch. l. l. §. 25, I. p. 276 sqq.)

5) Mühlenbruch, l. l. §. 26 p. 293 sqq. §. 27. p. 306. sqq. §. 28. p. 332 sqq. et §. 29 p. 349 sqq. —

6) §. 1. 2. d. A. 4, 6. l. 25 pr. d. O. et A. 44, 7.

7) §. 2 d. A. 4, 6. l. 5 §. 6 si ususfr. pet. 7, 6.

8) l. 9 §. 18. l. 14 §. 3. quod. met. c. 4, 2. l. 12 d. aq. et aq. pl. arc. 39, 3. l. 1 §. 13 quod. legat. 43, 3. l. 5 § 13. quod vi aut clam, 43, 24.

9) c. 1 d. novat. 8, 42. Mühlenbruch, l. l. §. 27, 1. c. p. 309.

10) l. 3 §. 10 uti possid. 43, 17.

11) l. 5 §. 1. ad l. Aquill. 9, 2. l. 50. 109 d. R. I. 50, 17.

12) vid. Mühlenbruch, Pand. R. II. §. 476. p. 488. §. 494. p. 517. Thibaut, Syst. d. Pand. III. §. 596. 2. p. 125. Schweppe, d. R. P. R. III. §. 633. p. 597.

13) Keller, üb. Litiskontest. u. Urtheil nach klass. röm. R. Zürich, 1827 §. 20 p. 166. 169. et p. 76. Franke, Beitr. z. Erl. einz. Rechtsmat. I. Gött. 1828. Abh. I. p. 42 sq.

14) Mühlenbruch, l. l. II §. 483 sqq. p. 498. Thibaut, l. l. II §. 98 p. 126. sqq. Schweppe, l. l. III. §. 608. p. 333 sqq.

15) Mühlenbruch, l. l. II §. 361 nr. 2. p. 296 not. 7. Sell, Versuche im Geb. d. Civ. R. Giessen. I. Abh. I. §. 2 sqq.

16) in D. d. act. ex del. rei persec. adv. her. delinquentis in *solid.* compet. Goett. 1752 §. 25 p. 38, citata a Glückio, l. not. 20. laud.

trem dotem profectitiam vel datorem receptitiam vel tertius dotem repetentem intelligendas esse putavit. At quum rer. amot. actio sit personalis ex maleficio prodita [17]) vel propterea not. 11. contra illos culpae et imputationis plane nec capaces nec participes institui potest. Huc accedit, quod isti *successores* uxoris ne vocari quidem possunt, multo minus vero sunt, quoniam neque in *ius uxoris* succedunt, sed *suo proprio ipsorum* ab uxore prorsus non derivato *iure*, invita adeo hac pater [18]) pariter atque tertius [19]) dotem repetunt, ita ut neque uxor ipsorum sit *auctor* (vid. III. §. 16. not. 1. 2.) i. e. ea, *a qua ius ad illos transiit*, neque illi sunt huius successores, sed haec potius illorum sit succesor. Sin vero ad patrem v. tertium dotem repetentes aliquid pervenit ex rebus amotis, tum quidem hi in tantum tenentur, sed neque ut *successores* uxoris, neque rer. amot. sed in factum actione (vid. III. §. 13. not. 2.) et ex alia plane causa. Nihil igitur plane commune habet praesertim sublatis quum omnibus tum propter res amotas retentionibus, dotis repetitio cum rebus amotis. — Neque vero minus errat Glückius, [20]) qui „heredes *et alios successores*" intelligendos esse statuit, nullo inter successores in *singulas* res et per *universitatem* discrimine statuto, „quod in legibus etiam non distinguatur." Verum haec est petitio principii; nam in iisdem legibus [21]) et aliis [22]) aut de in rem vel in rem scriptis actionibus aut de transitu actt. qui vocatur, *passivo* agitur, qui quum in *solos* per universitatem successores obtineat (vid. δ, aa—bb, not. 7—8. inpr. not. 9. 10.), sive heredes sunt, sive alii, fictione hereditatis istis aequiparati [23]) non est, quod expresso discrimine inter successores exponatur. — Iam quum rer. amot. actio ex propria Praetoris iurisdictione pendeat [24]) et licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem contineat, (not. 17.) confirmatur hac quoque constitutione generalis et vulgaris regula iuris, ex qua omnes actt. rei persequendae gratia comparatae honorariae et ex maleficiis proditae in successores per universitatem non dantur nisi in id et catenus, quo et quatenus locupletior maleficio hoc hereditas ad eos pervenit. — Reliqua huius const. sententia a Glückio est exposita, refutatis caeterorum ICtorum interpretationibus, quare quum nova quidem singula argumenta, sed non novam interpretationem proferre possim, praesertim consentienbusf ere omnibus *aequalibus* ICtis, ad l. 6. §. 4. et l. 21. §. 5. rer. amot. act. transibo.

§. 18.

2) l. 6. §. 4. rer. amot. 25, 2.

Ex hac lege[1]) omnes fere recentiores ICti, ex iure Digestorum rer. amot. act., uti cond. furt. heredes in solidum teneri, syllogismo audaci sane concluserunt. At a) ne litera quidem in ista lege de eo legitur, *in quantum* heredes teneantur, sed nihil quidquam aliud nisi „*heredes teneri*" pronunciatum est. Quod apparet aa) ex paragrapho antegressa, in qua „si post divortium, inquit Paulus, maritus decesserit,

17) l. 1 l. 3 pr. §. 1—3 l. 6 §. 4 l. 21 §. 5 l. 26 l. 29 rer. amot. 25, 2.

18) c. un. §. 5. d. rei uxor. act. 5, 13.

19) l. 3 §. 4 rer. amot. 25, 2: „Mortua filia in patrem rerum amot. act. *non* dari oportere, *nisi quatenus* ex ea re locuplectior sit." — Si *filiafamilias* res amoverit, ..*de peculio* dandam actionem.. Sed *si* pater *adiuncta filia* de dote agat, *non aliter* ei dandam actionem, quam si filiam rer. amot. iud. *in solidum* et cum satisdatione defendat. l. 5 eod. cf. etiam l. 4. 19. d. cond. furt. 13, 1. l. 3 §. 12 d. pecul. 15, 1.

20) Erl. d. Pand. 28. B. §. 1284, d. p. 423.

21) l. 16 §. 2 quod met. c. 4, 2. l. 7 §. 2 in f. d. cond. furt. 13, 1. l. 2 §. 27 vi bon. rapt. 47, 8.

22) l. 1 pr. §. 1 d. priv. del. 47, 1. l. 17 §. 1. d. dol. mal. 4, 3.

23) Gai. III, 82. IV, 34. 35. hereditas enim olim unicus per universit. succ. modus fuisse videtur. l. 50 pr. d. H. P. 5, 3. l. 119. 208 d. V. S. 50, 16. pr. de stipul. serv. 3, 18. l. 22 d. fideiuss. 6, 1. l. 15 pr. d. interrog. in iur. fac. 11, 1. l. 31 §. 1. d. H. I. 28, 5. l. 1 pr. d. R. V. 6, 1.

24) Schilling, l. l. II. §. 114 not. k. p. 373.

1) „Paulus lib. 7 ad Sab.: „*Item heres mulieris ex hac causa tenebitur*, sicut condictionis nomine ex causa *furtiva*."

heres eius rer. amot. iudicio uti potest"; sed „*in quantum* et *quatenus*" in hac quoque nihil prorsus praecipitur. bb) *item* particula, quae ad *praegressa*, non ad sequentia, („*sicut* (en pleonasmum!) in cond. furt." referenda est, denique cc) *universo hoc fragmento* sexto, quo maxime et fere de solis *subiectis* huius actionis, neque de *obiecto* sermo est. b) Iam quum in claris huius 4tae §phi nihil quidquam ambiguitatis vel mirum disponatur, non debet admitti voluntatis quaestio, et verbis servire melius est [2]) et c) etiamsi ambigua sit legis vox, tamen accipienda est ea significatio quae vitio caret et cum caeteris principiis iuris et legibus (§. 18. not. 24.) consentit [3]) d) *eiusdem* Pauli l. 3. §. 4. fin. (§. 37. not. 19.) denique plane non solum contraria, sed contradictoria adeo rem conficit, quum α) nullum sibi locum vindicarit contrarium aliquid in hoc Codice (sc. Digestorum), si quis subtili animo dissonantiae querelam dissolvet et discordiae fines effugiet. [4]) β) in lege 3. §. 4. Paulus Proculi sententiam refert, neque quidquam contra eam monet [5]) γ) et accurate et de industria de eo, *in quantum* heres uxoris teneatur, in l. 6. §. 4. vero plane non disserit. [6]) In l. 3. §. 4. vero de patre tanquam uxoris *herede*, nec ut ad quem dos profectitia redierit, agi, §. 18. demonstravi. e) Denique vero vel propterea parum subtili ratione concluditur a cond. furt. ad act. rer. amot., quoniam α) illa ex legitimis et civilibus causis descendit, [7]) haec vero ex propria, praetoris iurisdictione pendet, [8]) β) illa *unica* fere civilis actio rei persequendae gratia comparata esse videtur, qua ex maleficio orta heredes in solidum teneutur, (propter odium furum). [9]) — Quae si vera sunt, etiam non opus est coniecturis Petri Duirsemae a Glückio (l. l. p. 23.) commemoratae et probatae. — Multo minus vero evincitur l. 21. §. 5. rer. amot. [10]) inqua non solum nihil quidquam commemoratur, in quantum contra heredes detur haec actio, sed ne de heredibus s. successoribus quidem, nec transitu illius in hos littera legitur, sed illa comparatur cond. furt. *solius exstinctionis* habita ratione.

§. 19.

Aliorum rationes refutantur.

Mirum in modum adversarii ICti 1) qua tandem alia ratione, quaerunt, et causa Paulus rer. amot. actio comparaverit cum cond. furt., nisi quod utraque heredes *in solidum* teneantur. At a singulari et particulari non valet consequentia ad universale. Rer. vero amot. actio furtivae condictioni comparata eidem non absoluta omnium notarum tum extensivae (s. ambitus) tum intensivae (s. complexus) quantitatis ratione habita, sed unius tantum extensivae quantitatis, quippe transitus *in* heredes, aequiparatur, intensivae s. materialis quantitatis obiectiva ratione plane non habita. 2) Deinde opponunt, actiones ex maleficio proditas et non solius rei persequendae gratia comparatas, quae anno finiantur, *omnes semper* in quantum heredes locupletiores sint, contra eos dari, comparationem igitur vacillare. At a) haec actio *solam* continet rei

---

2) Mühlenbruch, Lb. d. Pand. III. §. 611 not. 2 p. 189. — Schilling, l. l. II. §. 114 not. k. p. 375. — Franke, Beitr. z. Erl. einiger Rechtsmat. l. Gött. 1828. I. p. 38 sq.

3) l. 1 §. 20 d. exerc. act. 14, 1. l. 25 §. 1. l. 69 pr. d. legat. III. (32.) l. 12 §. 1 qui et a quib. manum. 40, 9.

4) l. 1 pr. §. 3 d. minor. 4, 4. l. 19 d. legg. 1, 3.

5) c. „*tanta*" pr. et §. 15. „δέδωκεν" §. 15. „*deo auctore*" §. 4. „*haec quae necessario*" §. 2. „*summa reipubl.*" §. 1. „cordi" §. 3. nov. 158 c. 1. Mühlenbruch, l. l. §. 66 not. 3 p. 141. et ibi cit.

6) ut in l. 55 d. act. emt. 19, 1. l. 3. locati 19, 2. l. 109. d. cond. et dem. 35, 1. l. 4 §. 1. d. cess. bon. 42, 3. Schilling, l. l. II. §. 19. fin. not. I. p. 68. Mühlenbruch, l. l. I. §. 66 not. 8 p. 141.

7) Schilling, l. l. II. §. 19, not. c. p. 67. et h.

8) §. 19 in f. d. O., quae ex del. 4. 1.

9) l. 1. 7. 11. 25. rer. amot. 25, 2.

10) Gai. IV. §. 4. — §. 14 d. A. 4, 6. Schrader ad Instit. p. 597. v. „*heredemve eius.*" Schilling, l. l. II. §. 115 not. l. p. 376.

persecutionem,[1]) et b) e. g. vi bonor. raptor. actio, quae non ad solam rei persecutionem[2]) pertinet, adversus heredes non datur, ne in id quidem, quod ad eos pervenit, quia putavit Praetor sufficere condictionem. [3])

V. De cap. 26. X. d. sponsal. et matr. 4, 1.

§. 20.

1. Primae partis interpretatio.

In summa huius capitis[1]) distinguitur inter matrimonium „in foro iudiciali valido“ „in foro poenitentiali invalido,“ at minus recte. Nam si verba recte struantur et cuique decisioni diversa addita propositio minor s. praemissa facta a se invicem distinguantur, omnia optime inter se quadrant. In prima enim decisione, quae legitur usque ad verba „pro coniugio praesumendum“ ponit Innocentius, virum praefatum consensisse quidem praedictam mulierem ducere in uxorem, at sub nomine alieno et ficto; in secunda vero huic opposita decisione statuit facta plane contraria ea, quae Gabennensis episcopus scripserat. Prima decisio optime iuris civilis principiis consentit, quum nomen adminiculum vel adiectio sit negotii, neque ad substantiam ipsius et naturam pertineat. (§. 2. b, not. 4. 5.)

§. 21.

2) Secundae partis explicatio.

Substantia coniugalis *contractus* est essentia s. nota essentialis[1]) i. e. *consensus* (s. sponsalitius s. matrimonialis;) *forma* vero *contrahendi coniugium* est ex iure canonico sola sufficiens consensus *declaratio* s. per verba de praesenti s. per facta concludentia, maxime concubitum. — Iam sequuntur verba, a ICtis [2]) maxime huc illuc agitata, quippe quibus inter causas, ex quibus ma-

---

1) l. 25 §. 5 rer. amot. 25, 2.

2) pr. d. vi bon. rapt. 4, 2. l. 2 §. 13. d. vi bon. rapt. 47, 8.

3) l. 2 §. 27 vi bon. rapt. 47, 8. §. 1. d. perp. et temp. act. 4, 12.

---

1) Innocentius III. [Gabonnensi episcopo] „Tua nos duxit fraternitas consulendos. Consequenter quaesivisti, cum quondam mulierem quidam aliter inducere nequivisset, ut sibi commisceretur carnaliter, nisi desponsasset eandem nulla solennitate adhibita vel alicuius praesentia, dixit illi „te Ioannes desponsat,“ cum ipse Ioannes non vocaretur, sed finxit se vacari Ioannem, *non credens, esse coniugium* eo, quod ipse non vocaretur hoc nomine, *nec haberet propositum* contrahendi, sed copulam tantum exsequendi carnalem, utrum inter praedictos sit matrimonium celebratum. cum mulier consenserit in eandem, et ille dissenserit et dissentiat, nec aliud quidquam egerit, quam superius est expressum, nisi quod cognovit eandem. Super quo tibi respondemus, quod 1) cum vir praefatus praedictam desponsaverit mulierem in propria persona, et sub nomine alieno, quo tunc se vocari finxit, et inter eos sit carnalis copula exsequuta, videtur forte pro coniugio praesumendum, 2) nisi tu nobis expresse scripsisses *quod ille nec proposuit nec consensit*, illam ducere in uxorem, quod qualiter tibi constiterit, non videmus. Nos autem, quid iuris sit, rescribentes dicimus, quod, *si* res *ita* se habet, videlicet, quod ille *eam non proposuit ducere in* uxorem nec *unquam consensit* in praedictam personam, non debet ex illo facto coniugium iudicari, cum in eo nec *substantia coniugalis contractus*, nec *forma* contrahendi coniugium valeat inveniri, quoniam ex altera parte dolus *solummodo* adfuit, *et defuit omnino consensus*, sine quo caetera nequeunt foedus perficere coniugale.

---

1) Idem in rom. iure saepe significat „*substantia*“ c. 3. 10 d. contr. emt. 4, 38. l. 6 d. SC. Maced. 14, 6. l. 3 d. O. et A. 44, 7. c. 8 d. rescind. vend. 4, 44. l. 4 d. grad. et affin. 38, 10. l. 61 pr. d. A. R. D 41, 1. l. 51 d. adm. et per. tut. 26, 7. ut „*natura*“ vid. §. 4 not. 1., ss. p. 7.

2) Boehmer, I. E. P. IV. t. IV. L. tit. I. §. 142. p. 1195 sq. Thibaut, Pand. Syst. I. §. 298. not. u. p. 234. Mühlenbruch, Lb. d. Pand. III. §. 507. not. 6 p. 13. — Hasse, d. Güterrecht d. Eheg. nach R. R. Berlin 1824. I. §. 29. — Aliam plane interpretationem profert Schweppe. d. Röm. P. R. Göttingen 1831. III. §. 418. p. 113 not. 2.

trimonium dissolvi possit, etiam ipsius decipientis dolus afferatur; itaque ipsum decipientem ex suo ipsius dolo agere posse et hunc ipsi prodesse exprimatur, quum tamen nocere debeat. At mihi Innocentii decisio plane iuris civilis principiis consentanea esse videtur. Etenim A) tum ratio tum leges positivae ad quemcunque contractum (principalem) *utriusque* partis contrahentis *consensum*, in ipsum (principalem saltem) ineundum generatim et universe exigunt. [3]) In proposita causa vero vir non consenserat in matrimonium, ergo hoc non poterat stare, quippe quod et ipsum sit „*contractus.*" B) Nec propter suum ipsius dolum quisquam pro consentiente haberi nec ipsius consensus in aliquem contractum ineundum fingi potest nec fingitur, [4]) saltem in legibus claris nunquam pronunciatur, imo potius C) dolosus praesupponitur in contractum ipsum principalem, qui propter dolum sit rescindendus, ineundum *consensisse.*[5]) D) Nunquam vero *id*, unde *materia* (vel causa, argumentum, occasio) doli est petita, ut *contractum* valere debere praecipitur, quamvis alter contrahens in id consenserit. In proposita causa doli materia vel occasio petita erat a matrimonio, non ut ad *hoc*, sed ut ad *concubitum* altera contrahens adduceretur. Non igitur ad *illud dolo* sed ad *hunc* solum permota est uxor; in *illud libere* nullo plane adhibito dolo consensit; in *hunc* vero non libere sed solo dolo a matrimonio contrahendo petito causam dante consensit. Iam quum propter dolum causam dantem *is solus contractus* ad quem ineundum alter contrahens alterius dolo est adductus, rescindi possit, non matrimonium, ut quod non erat *effectus* [6]) doli sed *causa* potius, at concubitus tantum, ut effectus doli, iuris legitimam vim habere non potest. Huc accedit, quod causa (dolus) et effectus (contractus) ut aliquid reale, non potest unum idemque esse, sed diversum potius aliquid est. E) Si propter dolum dolosus pro consentiente esset habendus, tum, si utraque pars esset in dolo, utraque pro consentiente habenda esset et contractus pro valido. Et tamen contrarium legibus statuitur.[7]) — F) Neque obstat l. 34. §. 3. d. contr. emt. [8]) Nam in ea nec de eo utique dolo, qui versatur circa alterius consensum, agitur, nec utique emtor sciverit oportet, alterum errare, sed veram rei qualitatem cognitam habuerit i. e. consenserit. („convenerit.") Quod et ipsum de l. 57. §. 2. [9]) et l. 34. §. 3. [10]) eod. valet, in quibus non commemoratur dolus de alterius consensu, sed dolus circa *obiectum*. Quare minus recte Thibaut [11]) errorem *unilateralem* descripserit „der Eine irrt, der Andere weiss „dies". — Denique G) si dolus in proposita quaestione matrimonii causam dederit, tum 1) *deceptae* competere deberet *saltem* damni adipiscendi actionem; at non habet, quoniam *damnum* matrimonio non, etsi concubitu, est illatum [12]) 2) aut ad rescindendum matrimonium actio esset danda. At a) hac non opus est, quoniam alter, ut qui non consensit in matrimonium, sponte et ul-

---

3) l. 55 d. O. et A. 44, 7: „In *omnibus* rebus, quae dominium transferunt, *concurrat oportet* affectus ex *utraque* parte contrahentium." l. 13 pr. l. 20 §. 2 d. A. R. D. 41, 2. l. 1 §. 2. d. P. 2, 14: „Pactio est *duorum* pluriumve in idem placitum *consensus*. §. 3: „*Conventionis* verbum generale est ad *omnia* pertinens, de quibus negotii contrahendi (ergo et „coniugalis contractus") *consentiunt*, qui inter se agunt." l. 3 pr. d. pollic. 50, 12.

4) l. 4 §. 1 d. statu lib. 40, 7: „Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore manumissus vivere non possit, „quia nec *animus* dandae libertatis est." l. 24 med. d. testam. mil. 29, 1.

5) l. 25 d. dolo malo 4, 3. „eoque modo *consecutus* es, ut. „l. 38 eod. „Quidam debitor *effecit*, ut." l. 20. l. 7 pr. eod. l. 12 §. 1. d. iur. dot. 23, 3. vid. *mea* „Doli descriptio." Misenae, 1837. §. 33 not. 2. 7 p. 21. —

6) vid. inpr. *mea* „Doli descriptio." laud. §. 21. p. 18.

7) „Si et *emptor* et *venditor* scit, furtivum esse, quod venit, a *neutra parte* obligatio contrahitur." l. 34 §. 3. l. 57 §. 3 d. contr. emt. 18, 1.

8) „Si emtor *solus scit* (sc. furtivum esse, quod venit) non obligabitur venditor. (sc. ad exict. praestandam.) Nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet."

9) „ubi emtor quidem sciebat, venditor autem ignoravit (sc. domum esse exustam) oportet venditionem stare."

10) „Quod si venditor scit, emtor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur."

11) l. l. II. §. 450 p. 9.

12) l. 36 d. dolo malo 4, 3. vid. *mea* „Doli descr." §. 2. 4. not. 6 p. 6.

tro ab hoc recedit, imo nunquam ad ipsum accessit. b) quoniam si alter postea, deceptae consensu nondum revocato, in matrimonium consentit, illa tenetur neque rescindere potest. — *Forma* igitur contrahendi coniugium utique a parte mulieris invalida, a parte maris valida, ut cui non debet prodesse suus ipsius dolus. *Substantia* vero coniugalis contractus a parte mulieris adfuit, a parte maris defuit. Utriusque partis ergo consensus („*omnino*") defuit, mulieris circa formam, maris circa substantiam ipsam vel contractum. Verba „quoniam ex altera parte dolus adfuit" igitur non ad „substantiam coniugalis contractus" sed ad „formam contrahendi coniugium," et vice versa ad illam, non ad hanc pertinent verba „et defuit omnino consensus." Hoc igitur modo intelligenda sunt haec verba, quum scire leges non sit verba eorum tenere, sed vim ac potestatem [13]) et prior ac potentior sit quam vox, mens dicentis [14]) quum neutiquam praesumendum sit, a iure communi discessum esse [15]) et leges sibi repugnare, imo potius posteriores leges ad priores pertineant, nisi contrariae sint [16]) et haec potius sit interpretatio praeferenda, quae vitio caret et rei gerendae aptior est. [17]) Consentit igitur utique hoc cap. cum iure rom. [18])

---

13) l. 17 d. legg. 1, 3. l. 19 ad exhib. 10, 4.

14) l. 13 §. 2 in med. de excus. 27, 1. l. 7 §. 2 d. supell. leg. 33, 10.

15) l. 10 d. iure fisci 49, 14. Mühlenbruch, d. Lehre v. d. Cession §. 28. N. 1. p. 326.

16) l. 26. 28. d. legg. 1, 3.

17) l. 19 eod. 1, 3. l. 67 d. R. I. 50, 17. arg. l. 12 d. reb. dub. 34, 5.

18) cf. etiam l. 55. d. contr. emt. 18, 1. „*Nuda* et *imaginaria* venditio pro non facta est." l. 54. d. O. et A. 44, 7. „Contractus *imaginarii* iuris vinculum non obtinent, cum *fides facti simulatur, non intercedente veritate.*" l. 3. in f. eod. „nec enim si per *iocum*.. ego tibi dixero „spondes"? et tu respondeas: „spondeo," nascetur obligatio." l. 12. d. aq. et aq. pl. arc. 39, 3. c. 21. d. transact. 2, 4.

Index graviorum peccator. typograph.

P. 6. l. 3. inser. post „alienandi“ voc. „translatum.“

— — — 22. not 7 pro „quib. a l lic,“ leg. „quib. al. lic.“

— 7. — 43. — 1 pro „repugnat“ leg. „repugnant.“

— — — 49. — — pro „8 1“ leg. „8,1.“

— 8. — 12. ante „c,“ del. „et.“

— — — 49. not 5 leg. pro „nt“ „ut.“

— 9. — 1. pro „depositi“ leg. „huius;“ pro „mutui“ leg. „illius“ et pro „mutua“ leg. „illa.“

— — — 3. pro „petiit“ leg. „petierit.“

— — — 4. pro „consensit“ leg. „consenserit.“

— — — 7. pro „demonstrant“ leg. „demonstrent.“

— — — 19. ante „c. 8“ inser. „c)“

— — — 21. post „expresso“ del. „consensu.“

— — — 30. post „sententia,“ del. „quamvis.“

— — — 41. not 8 pro „(ibid. ex sequ.)“ leg. „(ibid. et sequ.)“ et pro „quod et iis,“ leg. „quod ex iis.“

— — — 35. post „quare“ inser. „illa.“

— 10. — 3. post „probabilis“ del. „ea.“

— — — 13. pro „ita ut“ leg. „et.“

— — — 14. pro „sed“ leg. „at.“

— 10. — 17. pro „ratio cinationibus“ leg. „ratiocinationibus.“

— — — 24. post „verbis“ inser. „declaratur.“

— — — 30. pro „eadem“ leg. „idem.“

— — — 43. not 3 pro „d. hist“ leg. „d. test.“

— — — 47. — 4 pro „34. 5“ leg. 34, 5.

— 11. — 18. pro „comprabant“ leg. „comprobant.“

— — — 20. pro „sunt“ leg. „sint.“

— — — 26. post „36, 2“ inser. „et dicitur.“

— — — 36. pro „acronibus“ leg. „aeronibus.“

— — — 47. pro „Bew. Cast.“ leg. „Bew. Last.“

— 12. — 2. pro „convertit“ leg. „converterit.“

— — — 3. pro „indicium“ leg. „iudicium.“

— — — 10. post „refutentur“ inser. „interpretationes.“

— — — 23. post „3)“ inser. „).“

— — — 25. pro „conversum vel erogatum“ leg. „conversam vel erogatam.“

— 13. — 17. del. „persequi.“

P. 14. l. 9. ante „Nam“ inser. „1.“

— — — 19. post „saltem“ inser. „adest.“

— — — 27. pro „per.“ leg. „pec.“

— — — 29. not 12 ante „V. O.“ inser. „d.“

— — — 31. — 13 pro „fom.“ leg. „fam.“

— — — 36. — 1 post „8, 54.“ del. „58.“

— — — 41. — — pro „lego? sed quo nam“ leg. „lege sed quanam?“

— — — 42. — 26 pro „usucp.“ leg. „usucap.“

— — — 47. — 6 pro „rom.“ leg. „rem.“

— — — 48. — — pro „41, 21.“ leg. „41,2.“

— 15. — 2. pro „si utraque“ leg. „quum utraque.“

— — — 30. del. „hunc“

— — — 31. pro „posse“ leg. „possit.“

— 16. — 9. ante „quae“ inser. „ut.“

— — — 16. pro „ignorans.“ leg. „nec opininans.“

— 17. — 24. not 1 pro „eb.“ leg. „lib.“

— 18. — 2. pro „vitio“ leg. „vitiis.“

— — — 11. pro „et si“ leg. „etsi.“

— — — 19. pro „fuerit,“ leg. „rem possederit.“

— — — 32. not 5 pro „usurpott.“ leg. „usurpartt.“

— — — 36. not 1 pro „moneretur“ leg. „moreretur.“

— 20. — 1. pro „tertius“ leg. „tertium.“

— — — 2. pro „not 11“ leg. „(not. 11.)“

— — — 7. pro „sunt“ leg. „sint.“

— — — 26. pro „busfere“ leg. „bns fere.“

— 21. — 2. post „bb)“ inser. „ex.“

— — — 3. post „cc)“ inser. „ex.“

— — — 8. pro „§ 37“ leg. „§ 17.“

— — — 19. pro „commemoratae et probatae“ leg. „commemoratis et probatis.“

— 22. — 7. pro „valido“ leg. „validum.“

— — — 8. pro „invalido“ leg. „invalidum.“

— — — 30. not 1 pro „vacari“ leg. „vocari.“

Caetera ut lector Misenae longinquitati potius et crassae typothetae negligentiae quam auctoris culpae assignet, rogo et obsecro.

[illegible]



[illegible]



[illegible]



[illegible]